

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DEL ZULIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS PARA GRADUADOS
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



**EN EL *IUDICIUM LEGITIMUM* ROMANO: LA *APUD IUDICEM* COMO ORIGEN
DEL ARBITRAJE**

Tesis de Grado para optar al Título de Doctor en Ciencias Jurídicas

Autor: BARTOLOMÉ GIL OSUNA

Tutora: Dra. YOLEIDA DAYARIT VIELMA MENDOZA

Maracaibo, Junio 2016



EN EL IUDICIUM LEGITIMUM ROMANO: LA APUD IUDICEM COMO ORIGEN DEL ARBITRAJE

AUTOR

BARTOLOMÉ GIL OSUNA

C.I. N° V-9.478.004

Paseo de las Ferias, Edificio “Don Juan”, Planta Baja, Apartamento 01, ciudad de Mérida,
Municipio “Libertador” Estado Bolivariano de Mérida-Venezuela

Teléfono: 0416-674.90.23

0424-721.42.99

Email: barthisa@gmail.com

allanbart@latinmail.com

TUTORA

Tutora: Dra. YOLEIDA DAYARIT VIELMA MENDOZA

C.I. V-9.992.534



Dedicatoria

En orden pues, a esta elevada y trascendental misión, la definición ciceroniana no podía ser más contundente,
"El Abogado ha de ser perfecto en todo género de palabra y de cultura"- *Advocatus in omni genere sermonis et humanitatis esse perfectum*-.
Cicerón, *De Oratore*, I, IX, 36.

Cicerón, *De Oratore*, I, IX, 36.

A todos los Abogados, servidores de la Justicia y a los estudiantes que constituyen mi razón de ser.

Agradecimiento

Al Todopoderoso por velar por nosotros,
A la Virgen María, nuestra madre, por ser el Trono de la Sabiduría,
A la Universidad del Zulia por permitirme, inmerecidamente, estar en sus aulas de clase.
A la Universidad de los Andes, Emporio de Sabiduría, Lugar de "*initium sapientiae timor domini*".
A mi *Familia*, centro de gravedad de mi actuar.
A mis compañeros de clase, en particular José Gregorio, que mitigaban los fines de semana.

Por ello: *Os iusti sapientiam, et lingua eius effatur rectum (Psalmus, 37:30)*

Legum omnes servi sumus, ut libere esse possimus.

La boca del justo hablará sabiduría; y su lengua emitirá juicio (...) somos esclavos de las leyes para poder ser libres.



INTROITO

Espero que esta indagación científica, hecha con la dedicación, la consagración y el entusiasmo que deben caracterizar a la enseñanza universitaria, sirva de útil e imperioso instrumento de investigación y de trabajo para quienes se acercan al conocimiento de una parcela tan lejana y, sin embargo, tan próxima de nuestra historia y de nuestro quehacer jurídico.

Uno de los propósitos que *ab initio* concebí con mucha rudeza y claridad fue el hacer fiel cumplimiento al apotegma contenido en las *Institutas Iustiniani*, que reza: “Juzgamos que vale más explicar cada cosa de una manera sencilla y abreviada sin perjuicio de profundizarlas después con mayor exactitud y diligencia porque, si desde los primeros pasos abrumamos con una multitud de pormenores diversos, el ánimo todavía rudo y tierno de la juventud estudiosa se verá afectado y hasta decida abandonar su idea de estudiar...”. Inst. XXVII, 2, 4. Lo cual conlleva, sin duda, a advertir que este apasionado tema EN EL IUDICIUM LEGITIMUM ROMANO: LA APUD IUDICEM COMO ORIGEN DEL ARBITRAJE es un tema inagotable, de gran valía y extensión que en estos reducidos folios no se agota, pero se siembra, estoy seguro, la semilla del interés académico por este instituto jurídico de gran utilidad en el Derecho moderno.

El objeto de este trabajo, dirigido a iluminar ideas fundamentales, valga decir el juicio guiado o dirigido por un *arbiter*, ha contribuido en el propósito inexorable de dar realce al carácter orgánico de esta entidad jurídica y a señalar a grandes rasgos la evolución externa e interna del más histórico de los Derechos.

La representación dogmática de las *instituciones jurídicas* que tienen su base lógica en los principios de la legislación de *Iustiniani*, y la génesis histórica de aquéllas sirven para explicar el modo de formación y las necesidades a que respondían. Entiendo que se desvanecería la mayor utilidad del Derecho romano si se borrara o se sustrajera la marcha de aquella magnífica *evolución*, mediante la cual, primero los romanos mismos en la época de su repentina expansión mundial, y los helenos, después, transportando y ampliando las bases del ordenamiento de aquel primitivo y rústico Derecho decenviral.

Los diceólogos más insignes de nuestro tiempo enseñan que los grandes institutos jurídicos que han impregnado la historia del Derecho, entre ellos el *arbitraje*, son necesarios e indispensables: sin ellos la solución de controversias, el buen concierto y el progreso jurídico sería algo perfectamente utópico. Por ello, esta perseverancia no se debe a inerte rutina, sino al convencimiento de que en el panorama actual de los estudios jurídicos, aun contando con los más aventurados reformismos, no resulta oportuna una modificación radical, sin contar con un análisis puntilloso de las leyes y jurisprudencia romanas.

De allí, este atrevimiento personal de explanar sucintamente el origen o génesis del arbitraje comercial internacional en el *iudicium legitimum* romano, sobre todo en la fase procesal de la *apud iudicem*, que sin duda refleja y fulgura esa esencia genuinamente romana.

Recuerda al Señor antes que a mí mismo *Meique coram Domino memento.* Bartolomé Gil Osuna



ABREVIATURAS

CAATA	Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático.
CACCC	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Servicios de Caracas, creado en 1989 y reactivado en 1998 con la entrada en vigencia de la LAC.
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CEDCA	Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje creado en el año 2000 y auspiciado por la Cámara Venezolano Americana de Comercios e Industria, VENAMCHAM.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones
Cic.De Ora,I, IX, 36	Cicerón, <i>De Oratore</i> , Libro primero, Título noveno, párrafo treinta y seis
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CPC	Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990.
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.
D. II, 23.	Digesto, Libro II, título 23
Gayo, IV, 16.	Gayo, comentario cuarto, número 16
GCBA	Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires
INCOTERMS	<i>International Commercial Terms</i>
Inst, III, 4,2.	Institutas de Justiniano, Libro tercero, título cuarto, ley segunda
LAC	Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.
Nov, XC, 2, i.f.	Novela nonagésima, capítulo segundo, en el fin.
MARCS	Métodos Adecuados de Resolución de Conflictos
MARD	Métodos Alternos para la Resolución de Disputas
MASC	Métodos Alternos para la Solución de los Conflictos o Controversias
MATC	Métodos Alternativos para la Transformación de Conflictos
MATPC	Métodos Alternativos para la Transformación Pacífica de Conflictos
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OMGI-MIGA	Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
Paulo,S.R.II,25,3	Paulo, Sentencias recibidas, libro segundo, título veinticinco, apartado tres
SPA	Sala Político Administrativa del TSJ.
SC	Sala Constitucional del TSJ.
SCC	Sala de Casación Civil del TSJ.
Ulpiano, R, 1,5	Ulpiano, <i>Liber Singularis Regularum</i> , título primero, párrafo 5
UNCITRAL	<i>United Nations Convention on International Trade Law</i>
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia

**ÍNDICE DE CONTENIDO**

	Pág
INTROITO.....	v
ABREVIATURAS.....	vi
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	vii
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT.....	xii
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

1.- Preludios de la civilización antigua.....	8
1.1.- El conflicto como fenómeno social en la <i>civitas</i> romana.....	12
1.2.- El <i>ius</i> y su posibilidad de inobservancia: Problema de coacción ante el conflicto.....	16
2.- La Roma primitiva y su vocación jurídica para dirimir los conflictos.....	18
2.1.- Cosmogonía romana del Derecho, cómo determina la vivacidad el ingenio de los romanos en la formación del <i>iudicium legitimum</i>	22
2.2.- Roma, la <i>urbe</i> del derecho como manifestación de vida.....	27
2.3.- El principio de la voluntad subjetiva como fuente originaria del Derecho privado de Roma.....	29
2.3.1.- Conflicto intersubjetivo de intereses en la <i>urbis romanus</i> ..	34
3.- Sistema de justicia privada, origen del Derecho en la <i>iura privata</i>	37
4.- La justicia aquiescente en la ciudad. El Procedimiento, beneficio de la <i>civitas</i>	41
4.1.- La organización judicial y la distinción entre “ <i>ius</i> ” y “ <i>iudicium legitimum</i> ”.....	43
4.2.- La precedencia <i>prima facie</i> del proceso civil romano en la protección de los derechos.....	44
5.- <i>Inceptum</i> de una fundamentación científica del Derecho Procesal Civil.	48
6.- La <i>communis opinio</i> en cuanto al grado de veracidad de la historia procesal romana.....	51
7.- Apertura del camino a la participación del <i>arbiter</i> en el proceso civil.....	53

CAPÍTULO II

1.- Antecedentes histórico-mitológicos del Arbitraje	56
1.1.- En la antigua Grecia, mitos y leyendas de la época	56
1.1.1.- Leyenda de <i>las doce tareas</i> cumplida por Hércules.....	57
1.1.2.- El juicio de París y la diosa del amor Afrodita.....	58
1.1.3.- El relato de Orfeo y su Ninfa Eurídice.....	59
1.1.4.- El mito de Eco y Narciso resuelto por Teresias.....	60
1.1.5.- Algunos historiadores griegos.....	61



1.2.- En la Roma milenaria, acontecimientos histórico-romanos mitologizados.....	62
1.2.1.- Rómulo y Remo. Controversia por el poder	62
1.2.2.- El ingenioso y ungido Servio Tulio, “el hijo de la esclava”...	63
1.2.3.- <i>Ab initio</i> de la <i>Res publica</i> , consulado de Juno Bruto y Tarquino Colatino	64
1.2.4.- Batalla de Constantino en el Puente Milvio 312 d.C., legendaria batalla que convirtió a un imperio.....	66
1.2.5.- La <i>Episcopalis Audientia</i>	67
1.3.- En el mundo hebraico y Nuevo Testamento.....	69
2.- Solución de los litigios de manera amigable <i>sine controvertía</i>	71
3.- El espíritu del antiguo <i>cives</i> romano en búsqueda de una <i>regulación jurídica</i>	77
3.1.- Importancia del elemento de la voluntad para la prosperidad del derecho antiguo.....	83
4.- Análisis del trinomio sistemático: <i>Iurisdictio-Actio-Processus</i>	84
4.1.- La <i>Iurisdictio</i> : Fundamento, formulación y contenido.....	85
4.1.1.- Diferentes clases de <i>Iurisdictio</i>	90
4.1.1.1.- <i>Iurisdictio voluntaria</i> y <i>Iurisdictio contentiosa</i>	90
4.1.1.2.- <i>Iurisdictio plena</i> y <i>Iurisdictio minus plena</i>	93
4.1.1.3.- <i>Iurisdictio ordinaria</i> y <i>Iurisdictio extraordinaria</i>	94
4.1.1.4.- <i>Iurisdictio</i> retenida y delegada; propia y prorrogada.....	94
4.1.2.- Esencia de la <i>Iurisdictio</i> de los magistrados y su significado para la evolución del Derecho privado.....	97
4.1.3.- Jurisdicción de equidad y de derecho: Principio de Legalidad.....	101
4.2.- La <i>Actio</i> : derecho de pedir en justicia lo que se nos debe.....	105
4.2.1.- Equívocos iniciales acerca del vocablo "Acción".....	110
4.2.2.- Acción como invocación de garantía del Estado.....	114
4.2.3.- Acción como condición para el ejercicio de la jurisdicción	116
4.2.4.- Importancia práctica de la acción en el proceso.....	119
4.3.- El Proceso Civil romano como dispositivo de <i>iustitia</i>	122
4.3.1.- Los sistemas procesales durante las diferentes etapas históricas del proceso.....	125
4.3.2.- Naturaleza jurídica del proceso civil romano.....	126
4.3.2.1.- El proceso como relación jurídica.....	129
5.- Etapas históricas del sistema procesal romano tras el procedimiento arbitral.....	132
5.1.- Procedimiento de las <i>legis actiones</i>	138
5.1.1.- El Derecho Procesal romano.....	138
5.1.2.- Estudio del Derecho Procesal romano. Sentido, importancia y lugar.....	139
5.1.3.- La organización judicial romana.....	140
5.1.4.- Fase <i>in iure</i>	142
5.1.4.1.- Tipología de <i>legis actiones</i>	146
5.1.4.1.1.- <i>Legis actio sacramento</i>	146



5.1.4.1.2.- <i>Legis action per iudicis arbitrive postulationem</i>	147
5.1.4.1.3.- <i>Legis actio per conditionem</i>	148
5.1.4.1.4.- <i>Legis actio per manus iniectioem</i> ...	149
5.1.4.1.5.- <i>Legis actio per pignoris capionem</i>	151
5.1.5.- Fase ante el juez, <i>apud iudicem</i>	152
5.2.- Procedimiento formulario.....	152
5.2.1.- Fase <i>in iure</i>	156
5.2.2.- Fase ante el juez, <i>apud iudicem</i>	157
5.3.- Procedimiento extraordinario, <i>cognitio extraordinaria</i>	159
6.- Configuración del Arbitraje en la Roma milenaria.....	162
6.1.- Arbitraje no formal y arbitraje de <i>ius gentium</i>	165
6.2.- Arbitraje legal.....	168
6.3.- Arbitraje compromisario - <i>compromissum</i> -.....	168
6.4.- Otras modalidades de Arbitraje de Derecho privado.....	171
6.4.1.- Arbitraje primitivo o quiritario.....	172
6.4.2.- El arbitraje de una persona justa: <i>arbitratus</i> o <i>arbitrium boni viri</i>	173
6.4.3.- Arbitraje decisorio: del <i>pactum</i> al <i>compromissum</i>	174
6.5.- El Arbitraje en el Derecho justinianeo.....	175

CAPÍTULO III

1.- Momentos en la evolución del Arbitraje post justiniano.....	180
1.1.- El Arbitraje en el Medioevo	181
1.2.- El Arbitraje en la Edad Contemporánea. Revolución Francesa.....	184
1.3.- Arbitraje en la era moderna. Globalización y postmodernidad	187
2.- Evolución del Arbitraje comercial interno e internacional en el sistema Venezolano.....	189
2.1.- Los adelantos normativos	191
2.1.1.- Desarrollo constitucional.....	191
2.1.2.- Regulación en las fuentes internacionales.....	191
2.1.3.- Consagración en el ordenamiento jurídico interno.....	192
2.2.- Los adelantos jurisprudenciales.....	193
3.- Función jurisdiccional arbitral.....	196
3.1.1.- El Arbitraje: ¿Alteridad procesal?.....	200
3.1.2.- Naturaleza del proceso arbitral.....	201
4.- Analogía ineludible: Arbitraje y Poder Judicial.....	203
4.1.- La senda abierta a la justicia.....	205
4.1.1.- Aproximaciones conceptuales del arbitraje.....	209
4.1.1.1.- Necesarias e imperiosas definiciones.....	211
4.2.- El Arbitraje debe independizarse de la crisis judicial.....	213
5.- Ley de Arbitraje Comercial. Clases de Arbitraje.....	218
5.1.- Institucional e Independiente o <i>ad hoc</i>	220
5.2.- De derecho y de equidad.....	220
5.3.- Voluntario y forzoso.....	222
5.4.- Interno e Internacional.....	223



5.4.1.- Importancia del arbitraje.....	224
6.- Tópicos sobre el procedimiento en la Ley de Arbitraje Comercial.....	226
6.1.- Recursos en el proceso arbitral (contra el laudo arbitral).....	230
6.1.1.- Acción de amparo constitucional.....	231
7.- Justicia arbitral y mecanismos alternativos.....	235
8.- Los Abogados del Siglo XXI (2da década) <i>face to face</i> al arbitraje.....	243
9.- Fe y confianza en el Arbitraje.....	246
CONCLUSIONES.....	248
ÍNDICE DE REFERENCIAS.....	255
APÉNDICE	263



GIL OSUNA, Bartolomé. **EN EL IUDICIUM LEGITIMUM ROMANO: LA APUD IUDICEM COMO ORIGEN DEL ARBITRAJE.** Universidad del Zulia. Doctorado en Ciencias Jurídicas. 2016.

RESUMEN

Esta indagación científica surca un terreno abonado para la presencia activa del *iudex* y fundamentalmente del *arbiter* en la solución del conflicto como tema central de la sociedad romana, por medio de un tercero imparcial llamado árbitro o el *tertio sapiens*. Se ilustra, con pinceladas muy finas, los antecedentes, vistos éstos como histórico-mitológicos, como acontecimientos histórico-romanos mitologizados, en el mundo hebraico y Nuevo Testamento; arpegios que fueron considerados con una visión investigativa originaria sin precedente. De allí, que se precisa, con gran primor histórico-jurídico, los aspectos más resaltantes del procedimiento de las *legis actiones*, del formulario y del extraordinario, *cognitio extraordinem*, dejando ver *prima facie*, en el *Iudicium legitimum* romano el preámbulo para determinar que es en la *apud iudicem* donde se hallará el origen del arbitraje, en general, que es el epicentro de esta investigación, el cual se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico como instituto de gran valía. El estudio se trató de un esfuerzo investigativo de tipo documental o teórico, el cual tuvo como métodos predominantes la observación documental y la hermenéutica jurídica.

Palabras claves: *Arbiter*, arbitraje, *apud iudicem*, proceso civil romano, arbitraje comercial.

Correo electrónico: barthisa@gmail.com



GIL OSUNA, Bartolomé. **IN THE IUDICIUM LEGITIMUM ROMAN: THE APUD IUDICEM AS ORIGIN OF ARBITRATION.** University of Zulia. SJD. 2016.

ABSTRACT

This scientific inquiry plow fertile ground for the active presence of *iudex* and essentially the *arbiter* in resolving the conflict as a central theme of Roman society, by an impartial third party called an arbitrator or *tertio sapiens*. It illustrated, with very fine brushstrokes, background, seen these as historical and mythological, and historical Roman events mythologized, in the Hebraic world and New Testament; arpeggios that were considered with a view native unprecedented research. Hence, it is necessary, with great historical and legal primor, the most important aspects of the process of the *legis actiones*, the form and the extraordinary, *extraordinem cognitio*, showing *prima facie*, in the *Iudicium legitimum* Roman the preamble to determine what is in *iudicem apud* where the origin of arbitration, in general, it is the epicenter of this investigation, which is in our legal system as an institute of great value. The study was an investigative documentary or theoretical effort, which had as predominant documentary observation methods and legal hermeneutics type.

Keywords: *Arbiter*, arbitration, *iudicem apud*, Roman civil procedure, commercial arbitration.

Email: barthisa@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El Derecho romano es el centro de radiación del Derecho en la antigüedad y la referencia obligada de los ordenamientos jurídicos modernos, pues constituye, como lo manifiesta Uría en su texto, el respeto omnímodo e incondicional, el culto permanente y sincero a las bases del Derecho concebido y fundado, no por hombres efímeros y falibles, sino por el Eterno Autor de la naturaleza, cuyos juicios son siempre reflejo de la verdad (1984).

Por tal razón, precisar sólo el *Iudicium Legitimum* romano, dentro de ese vasto cosmos jurídico, es el resultado de numerosas lecturas al procedimiento civil romano, que dio origen y germen a muchos institutos jurídicos, pero entre ellos, es el *arbitraje* el que eriza la piel, para realizar un estudio pormenorizado, partiendo de la *apud iudicem*, como mecanismo procesal frente al juez o frente a un *arbiter* y así dar solución extrajudicial a las situaciones controvertidas entre los particulares y practicantes del Derecho e intentar presentarla a los lectores habidos de información y en constante búsqueda de un patrimonio jurídico.

En el Derecho romano la institución jurídica del *arbitraje* conoce un notable desarrollo, siendo en buena parte el origen, después de más de dos milenios, de la actual estructura de dicho mecanismo jurídico, puesto que ya en el año 451 a.C. la Ley de las XII Tablas concedía firmeza y obligatoriedad a los acuerdos entre individuos en contienda. Es de recordar, que en el *magister epistolarum* del emperador Adriano, el historiador *Gaius Suetonius Tranquillus*, revela que para el pueblo romano la diosa Concordia tenía su templo en un lugar cercano al *Forum*, en un monumento armonioso y colosal erigido en memoria de César, al pie del cual los contendientes ofrecían sacrificios y holocaustos en búsqueda de solución a sus controversias, en nombre del padre de la patria, erigido como un *tertio sapiens*.

Sin sombra de duda, el sistema jurídico romano fue precursor, contribuyendo en gran medida a la civilización jurídica occidental, en el camino de instituir la necesidad, que es de cualquier colectividad, de someter las pretensiones de los ciudadanos a formalidades establecidas y a límites señalados previamente; de todas formas,

concedió continuidad histórica a la inclinación privada y voluntaria de justicia, limitándose a intervenir solamente con funciones de dirección, control y vigilancia.

Para los que creemos que el arbitraje está llamado a cumplir un papel fundamental en el desarrollo futuro del Derecho, tanto a nivel nacional, como internacional, una investigación de esta naturaleza, se diseña con el propósito que constituya un aporte importante y ayude en la comprensión, difusión y aplicación de tan importante instituto jurídico. Todo ello cobra mayor importancia si tenemos en cuenta lo escaso de la doctrina existente en nuestro país sobre arbitraje. Hasta hace muy poco, sólo algunos visionarios fueron capaces de vislumbrar la importancia del tema y, por ello, las pocas obras dedicadas al arbitraje, en especial antes de la aprobación de la Ley de Arbitraje Comercial del 07 de abril de 1998, deben ser consideradas como pioneras del desarrollo futuro de esta materia.

Las reglas legales del arbitraje que se fueron cimentando desde el procedimiento civil romano, constituyen una gran esperanza ante la crisis de la administración de justicia. La experiencia del comercio, de las relaciones jurídicas *intra* personas, nos demuestra que el acuerdo de arbitraje ha venido a ser una cláusula constante en la mayor parte de sus contratos, con una gran similitud, a lo que acontecía en la Roma clásica, donde las partes controvertidas frente al *arbiter* establecían las condiciones del *arbitrium*. El acuerdo obliga a instituir el proceso arbitral con las garantías de poder precautelar la efectividad de la decisión y poderla ejecutar sin “aduana judicial” que revise requerimientos procesales inherentes a los derechos humanos reconocidos internacionalmente y asumidos o sobreentendidos en el fundamento nacional de la soberanía.

Debemos aclarar que en sus albores el *arbitraje* estaba provisto de un carácter rudimentario, lo cual se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho romano y perfilarse hacia su institucionalización y su perfeccionamiento como herramienta idónea para dirimir las desavenencias y controversias que se presentaban en la *iurisdictio* civil y penal. Cuando nos embarcamos en este apasionante desafío de elaborar en tan cortas líneas el origen del arbitraje en el *iudicium legitimum* romano nos percatamos, *prima facie* que las dificultades con que tropezaba el justiciable en el Derecho procesal romano para acceder al sistema

jurisdiccional clásico era realmente lesivo, inaccesible, aún más a los peregrinos. Como reacción natural, ello motivó a diversos sectores para procurar la mayor utilización del arbitraje o de formas autocompositivas.

En la actualidad, la institución del arbitraje es objeto de gran desarrollo en el campo nacional e internacional, con la creación de estructuras e instituciones propias del arbitraje internacional, y en el campo nacional con su reconocimiento expreso, específico y distintivo en casi la totalidad de legislaciones. Curioso es que inclusive el Código Canónico de la Iglesia Romana, en el canon 1713¹, y el de la Iglesia Oriental, del año 1990, en los cánones 1168 y siguientes, reglamenten el arbitraje.

Un jurisconsulto eminente² ha dicho:

No hay estudio más necesario para el jurisconsulto que el Derecho romano. Los mismos defectos que se le echan en cara sirven de admirable instrumento para la educación jurídica...Las obras de los jurisconsultos romanos son las obras maestras del derecho, como los escritos de Platón y Demóstenes serán siempre las grandes obras de la filosofía y de la oratoria. ¿Quién osaría proferir la blasfemia de que los libros inmortales del esfuerzo humano son inútiles porque no se cotizan en la bolsa? (2007).

Estas palabras excusan, diré más, justifican la esperanza de contribuir a que renazca el amor hacia el decaído estudio del Derecho romano, y el afán de hacer partícipes a otros (*lectores*) del sentimiento de respeto y de entusiasmo que tengo por esa creación grandiosa, así como el deseo ineludible de dar a conocer el gran aporte de esta gigante cultura jurídica por el *arbitraje* como procedimiento³ para decidir conflictos de intereses entre contratantes, mediante fallos dictados por particulares, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, denominados

¹ De los modos de evitar juicios (Cann. 1713 - 1716) **Canon 1713** Para evitar los litigios judiciales, es útil emplear la transacción o reconciliación, o someter la controversia al juicio de uno o varios árbitros. **Canon 1714** Para la transacción, el compromiso y el juicio arbitral se observarán las normas establecidas por las partes o, a falta de ello, la ley dada por la Conferencia Episcopal, si la hay, o la ley civil vigente en el lugar donde se concluye el convenio.

² Laurent, *Principes du droit civil*.

³ Es menester insistir, sin sombra de duda, que el actual profesional del Derecho debe estar muy vinculado a la ciencia del Procedimiento; de allí, que esta investigación se interese en el estudio del *iudicium legitimum* romano. Lo cual nos hace aseverar que, si bien la distancia entre la mera práctica profesional, apegada a los ritos y costumbres que llegan a ser como una segunda naturaleza en el abogado litigante, y la ciencia procesal, que penetra en lo íntimo y esencial de las instituciones, para descubrir su sentido y su razón de ser, es una distancia grande, ella no es insalvable. Cuando el práctico llega a descubrir la poderosa fuerza de argumentación que le brinda la ciencia, la amplitud de perspectivas desde las cuales le permite analizar una situación concreta y determinar la acción a seguir, ha superado ya aquella distancia y se transforma, con el auxilio de la ciencia, en un nuevo profesional, capaz de moverse con facilidad, tanto en los intrincados laberintos de interpretación a que puedan dar lugar las disposiciones legales positivas, como en el plano superior de los conceptos que la ciencia le ofrece para dar sentido y vida a su actuación concreta. Por ello, decía Chiovenda a sus discípulos de la Universidad de Roma: “*el puro teórico en el procedimiento es algo que carece de sentido; pero el puro práctico, es una desdicha*”.

árbitros, que designan las partes de común acuerdo, y tal como lo confirma Dworkin⁴ se designa al juez o árbitro como un semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, lo que le lleva a afirmar que a partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el *dossier*; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley.

Y aquí ha de decirse con sobriedad cristalina que si bien el primordial haz de luz haya de apuntar hacia el llamado Derecho clásico romano, en cuanto representa la cumbre en el prolongado curso del pensamiento jurídico romano, en aras de esa misma realidad histórica no pueden quedar en la absoluta sombra otros períodos históricos que preceden o siguen a aquel; por lo que se ha estructurado esta investigación en *tres (III) Capítulos*, en los que se evidencian esquemas conceptuales que, surgidos en época clásica romana, medieval o moderna, fueron inspirados en mayor o menor grado por este vetusto y genuino Derecho. Es cierto que en una línea de pura reconstrucción histórica, esas nociones han de situarse al margen, pero no es menos cierto que conservan su valor instrumental y, sobre todo, constituyen eslabones significativos entre el pensamiento jurídico del siglo XXI y el Derecho de Roma. Éstos son:

Capítulo I, presenta de manera coherente y metódica los preludios de la civilización antigua con énfasis en los antecedentes históricos de la Roma primitiva y su vocación jurídica para dirimir los conflictos, la cosmogonía romana del Derecho, cómo determina la vivacidad y el ingenio de los romanos en la formación del *iudicium legitimum*, el principio de la voluntad subjetiva como fuente originaria del Derecho privado de Roma, el sistema de justicia privada, origen del Derecho en la *iura privata*, la justicia aquiescente en la ciudad, el procedimiento, beneficio de la *civitas*, *inceptum* de una fundamentación científica del Derecho Procesal Civil, la *communis*

⁴ Cf. Según Dworkin siempre hay una respuesta correcta en el Derecho. Para hallarla hay que tener un ojo en el pasado (práctica constitucional) y otro en el presente (caso concreto) mirando hacia el futuro (Cómo mejora o empeora mi respuesta la práctica del derecho en la actualidad). No es, a diferencia del positivismo, una mejor respuesta basada en el formalismo (qué permiten o prohíben las reglas) sino en la interpretación crítica de la práctica constitucional hasta nuestros días. De ahí que su héroe, el famoso juez y árbitro Hércules, tenga que ser tan precavido antes de dictar una sentencia. Para empezar no puede resolver un caso apelando al celebre *dictum*: "... porque el artículo tal así lo dice". El derecho en tanto producto social está en constante evolución. El rol del juez en una democracia radica en interpretar esos avances (y retrocesos) para pensar el derecho a su mejor luz, no para hacerlo como un producto de la voluntad de quienes, momentáneamente, detentan el poder.

opinio en cuanto al grado de veracidad de la historia procesal romana, la apertura del camino a la participación del *arbiter* en el proceso civil, como catadura notable, entre otros aspectos relevantes que conducen al *lector* a adentrarse en el conocimiento del Derecho privado romano que está íntimamente vinculado al *procedimiento*, pues para adaptarlo al ambiente social y a los intereses económicos predominantes, fue necesaria la acción constante de los *praetores* y de los demás magistrados encargados de administrar justicia. Estos, en la práctica judicial iban conociendo las nuevas necesidades que surgían en el *populus romanus* como consecuencia de su progreso, y por medio del mecanismo procesal y de las facultades de que estaban investidos, creaban el Derecho inspirándolo en los principios del *Ius Gentium*, que sin duda permite la participación del *arbiter* en el proceso civil.

Capítulo II, que constituye el aporte más significativo en esta investigación, debido a que cuenta con una gran originalidad, no analizado por ningún autor hasta ahora, en lo relativo a los antecedentes histórico-mitológicos del Arbitraje (en la antigua Grecia, en la Roma milenaria, en el mundo hebraico y en el Nuevo Testamento), haciendo referencia a la solución de los litigios de manera amigable *sine controvertía*, al espíritu del antiguo *cives* romano en búsqueda de una *regulación jurídica*, se adentra al análisis tridente de la *Iurisdictio-Actio-Processus*, como estudio véspero del procedimiento arbitral romano en sus tres procedimientos históricos (de las *legis actiones*, en sus dos fases: fase *in iure* y fase ante el juez, *apud iudicem*, formulario y extraordinario, *cognitio extraordinaria*), y la configuración del arbitraje en la Roma milenaria, para demostrar que una vez que el Estado controla la función judicial mediante el establecimiento de *normas procesales* que determinan las formas de resolver las contiendas entre los hombres, debemos distinguir diversos períodos perfectamente marcados. El Derecho procesal en Roma atraviesa por estas fases históricas, que denotan el devenir del proceso arbitral romano, haciendo énfasis en la fase de la *apud iudicem* del *iudicium legitimum* romano.

Y finalmente en el *Capítulo III*, continuando con la evolución de este instituto jurídico, se hace menesteroso resaltar los momentos en la evolución del arbitraje post justiniano (en el Medioevo, en la Edad Contemporánea: Revolución Francesa, en la era moderna, globalización y postmodernidad), para luego focalizar el estudio en la

evolución del arbitraje comercial interno e internacional en el sistema venezolano, despuntando de manera palmaria la función jurisdiccional y de procedimiento arbitral (el Arbitraje: ¿Alteridad procesal?), y llegando a una analogía ineludible: Arbitraje y Poder Judicial. Haciéndose necesaria la revisión sucinta y lacónica de la Ley de Arbitraje Comercial en Venezuela, resaltando las clases de arbitraje que en ella se explanan, lo que permite realizar una indagación de la justicia arbitral y los mecanismos alternativos de resolución de conflicto y referenciar el rol de los Abogados del Siglo XXI (2da década) *face to face* al arbitraje quienes deben imprimirle fe y confianza. Trabajo investigativo éste que consiente reafirmar que el mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en siglos posteriores a los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria, entre otras razones, frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial que, en contrapartida, presenta evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

Fusionando este análisis del *iudicium legitimum* romano, sobretudo en su fase *apud iudicem* como origen del arbitraje, (en los III Capítulos *supra*) nos permitió concluir que el Derecho debe fijar las normas procesales conducentes a la tutela del derecho violado, para que así se cumplan los fines primordiales de todo ordenamiento jurídico. Tanto es, que el *arbitraje* ha experimentado una sensible evolución. Aunque sin llegar a niveles que muevan a euforia, existen claros indicios de que se ha incrementado su utilización y que el conocimiento de esta herramienta va paulatinamente expandiéndose entre empresarios, abogados y otros profesionales. La mayoría de los países ha actualizado sus normas legales sobre arbitraje. Un mero repaso a las revistas de jurisprudencia muestra un importante aumento de decisiones judiciales vinculadas al arbitraje. Numerosas entidades empresariales o profesionales que tenían centros de arbitraje en desuso los han restablecido y muchos otros los han creado.



Las universidades han comenzado a ofrecer cursos de pregrado o postgrado en *métodos alternativos* de resolución de conflictos, incluyendo *el arbitraje* entre las asignaturas de estudio. Con frecuencia se realizan seminarios o congresos donde el tema es analizado desde distintas disciplinas; como se pretende acá, visionándole el origen en el *iudicium legitimum* romano: en el que la *apud iudicem* genera la posibilidad de subsistencia del arbitraje.

CAPÍTULO I

1.- Preludios de la civilización antigua

“Parecería precisamente que en una apreciación *a priori* se encierra una gran verdad que quizás por evidente suele pasar inadvertida ante nuestra mirada. Somos nosotros ante todo, hombres de Occidente que vivimos, pensamos y actuamos conforme a una especial manera de ser que hemos heredado de un pasado glorioso que como ha podido decir en una ocasión Teodoro Heuss con profunda belleza, parece apoyarse en tres colinas: El Capitolio, la Acrópolis y el Gólgota”.
(Riccobono, 1950, 23).

La administración de justicia *-lato sensu-* aparece como una de las herramientas de que se han valido inicialmente las sociedades para dominar los conflictos y permitir la convivencia de sus miembros, haciendo intervenir a un tercero para resolverlos pacíficamente. Es prueba de ello que la existencia de jueces es preexistente aún a la formación de normas jurídicas; la primera preocupación de los hombres fue dejar la realización del derecho en manos de los litigantes, que recurrían a la solución de un tercero, que era aceptado por ambos o la formación de tribunales de justicia. Los más antiguos monumentos jurídicos (el Código de Hammurabi de Babilonia⁵, las leyes de Manú y Narada en la India, la Ley de las XII Tablas romanas⁶ y la *lex sálica* de los francos) estaban consagrados a la materia judicial, a la solución de los conflictos, antes que a la legislativa.

⁵ Aunque el Código sea la inspiración del «ojo por ojo, diente por diente» tiene artículos también muy alejados de ese concepto. Los artículos que constituyen el primer ejemplo de la llamada Ley del Talión son el 196 (el ojo), el 197 (el hueso) y el 200 (el diente). El código está inspirado por un alto sentimiento de orden. Las reglas de los contratos son todavía las establecidas por los sumerios. El Código es una simple recopilación de leyes sumerias, hecha por un rey Hammurabi. Hay bases para suponer préstamo directo de los babilonios a los hebreos, como las hay para ver inspiraciones en este Código por parte de la propia Roma.

En el código no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo asalariado, los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato, etc. La mayoría de las penas que aparecen en el código son pecuniarias (multas), aunque también existe pena de mutilación e incluso pena de muerte. En algunos casos la ley opta por aplicar talión, es decir, hacer al agresor lo mismo que él hizo a su víctima siempre que ambos sean de la misma "categoría". En cuanto a la solución o dominio de los conflictos es vaga y merodea el acuerdo interpartes.

⁶ Los mismos romanos veían en ella el fundamento de toda su vida jurídica (*fons omnis publici privatiue iuris*, Liv. 3, 34, 6). Se ha dudado, sin razón, de la historicidad de esta obra legislativa; es posible que la fecha tradicional, los años 451-450 a.C., sea también cierta. El texto se nos ha transmitido únicamente en fragmentos e, incluso éstos, en citas que hace la literatura de fines de la república y comienzos del principado.

Es necesario reiterar que, a medida que las sociedades van avanzando y se van desarrollando los individuos que la integran, se genera una mayor conflictividad, tanto por las relaciones de naturaleza individual, cualquiera que fuere su índole, como de naturaleza colectiva o plural. Ello lleva a una inevitable situación en la que aumenta la conflictividad tanto en cuanto a la cantidad como a la calidad de los conflictos. Y ello exige -y cuestiona en ciertos casos- que los cauces existentes para evitar y, en su caso, resolverlos, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, aparezcan nuevas vías que ofrezcan un mayor abanico de posibilidades a los ciudadanos. En este sentido, nunca como antes se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social. Exigencia que se extiende desde antiguo, convirtiéndose en una preocupación universal, y que Roma se encargó de explanarla en todo su rigor. Puesto que, decía Savigny, “no crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado” (Citado por León, 1958). Cuando las instituciones jurídicas han sido modeladas por la historia, es preciso encontrar en ésta la clave de su sentido, pero en todo caso, y de ahí la utilidad de la historia de la dogmática, la misma lógica del derecho nos habla hoy su lenguaje bajo la especie de ciertos conceptos. Unos conceptos cuyo sentido, como el de todo lenguaje, nos trasciende porque nos antecede y nos sobrevivirá. Sentido que no se puede decidir, porque ya nos es dado, sino que es preciso descubrir.

La violencia fue un patrimonio de la humanidad. Esto no pasó por alto a los grandes pensadores y escritores griegos y romanos de la antigüedad; Heráclito sostenía “*Pólemos* (la guerra) es el padre de todas las cosas y el rey de todas, y a unos los releva dioses, a los otros hombres, a unos los hace libres, a otros esclavos” (Diels-Kranz y Walzer, 1966).

Ya en tiempos históricos, Plutarco refiere que Lisandro, general espartano: “En el decir era resuelto y sabía dejar parados a los que le contradecía”; así, a los de Argos, que disputaban sobre el amojonamiento de sus territorios y parecía exponer razones

más justas que los lacedemonios, enseñándoles la espada: “El que nada con ésta –les respondió– es el que alega mejor derecho sobre los mojones de sus términos”. Fue un expediente común al que se recurrió en la antigüedad; el mismo Lisandro, “al ver que los beocios vacilaban cuando iba a atravesar su territorio, les envió un mensajero para informarse si debían pasar por su tierra con lanzas levantadas o envainadas. Lo mismo se observó en la Roma antigua. Ihering, alude a Tito Livio: *se in armis ius ferre et omnia fortium virorum esse*⁷; corresponde a la respuesta que los galos, con altivez, dieron a los romanos cuando éstos les preguntaron: “¿Con qué derecho venían a exigir terrenos a otro pueblo y a amenazar con la guerra, y qué tenían que hacer ellos, siendo galos, en Etruria?”.

En seguida desarrolla el tema de la importancia que la violencia tuvo para la formación del derecho:

“No existe ningún derecho que no haya procedido del esfuerzo individual, y cuyos orígenes no se pierdan en las profundidades de la fuerza física. Para la multitud de pueblos, ese período de formación violenta del derecho ha desaparecido completamente de su memoria nacional. Su tradición enmudece acerca de los antepasados que fundaron el mundo del derecho con la rudeza de sus brazos... El sudor y la sangre de los hombres que cimentaban el origen del derecho quedan ocultos por el nimbo divino que a éste circunda.

No acontece así con el derecho romano, en el que el tiempo no ha podido borrar la huella de sudor y de sangre con que la fatiga de los hombres le han manchado. Para la historia de él, el principio de la fuerza individual, como fuente de derecho, es una de las verdades primordiales” (Ihering, 2001, 58).

Por ello a finales de la República romana era natural invocar la fuerza como una vía para resolver diferendos. Cuando los mamertinos de Mesina, con base en una ley romana, recusaron a Pompeyo como juez y desconocieron su jurisdicción: “...¿No cesaréis –les respondió– de citar leyes viendo que ceñimos espada?” (Plutarco⁸, 1991, 95). El derecho, tal como surgió en Roma, es el derecho del más fuerte; cuando se trataba de relaciones entre particulares, ante dos o más opciones los romanos se inclinaron por dar carácter de obligatorio y convertir en principio jurídico aquella que favorecía al más poderoso, independientemente de que tuviera o no la

⁷ “Que llevan el derecho en las armas, y que todo pertenecía a los varones esforzados”. Libro V, 36, versión de Porrúa, México. 1985, p. 223.

⁸ Quien creía compatible Roma con funciones rectoras del mundo de la época y Grecia educadoras con gran visión filosófica. Vidas contiene interesantes anécdotas, pasajes históricos memorables además de las comparaciones entre los personajes y de las confrontaciones en medio del conflicto, que siempre era solucionable.

razón. Como que pareció algo lógico a los juristas romanos que quien pudiera más, tuviera la razón e impusiera su voluntad a quien podía menos.

Así, si se ignora en hecho, ello no dispensa el derecho: *ignotantia facti, non iuris excusat*. Cuando está en duda un derecho o un lucro, siempre es mejor la causa del que posee (*Cum de lucro duorum quaeratur, melior es causa possidentis*). Muchas cosas se prohíben que se hagan, que hechas se sostienen (*Multa fieri prohibentur quae tamen facta tenent*). En lo relativo al lucro, es mejor el derecho de quien demanda que el de quien es demandado (*In eo quod ve lis, qui petit, ve lis, a quo petitur, lucrifactor est, durior causa est petitoris*).

Con el tiempo, el elemento *fuerza* como factor importante en la definición del derecho perdió espacios para dar lugar a otro tipo de valores e intereses. Entre los más frecuentes, se encuentran el *legum metus* y el arreglo de los conflictos o controversias a un tercero o extraño al litigio un *arbiter*.

Cicerón, en el pasaje con el que Ihering inicia el título primero de su obra, alude al *legum metus*⁹, es decir, al miedo a la ley. Cuando no existe el convencimiento voluntario de que la mejor convivencia entre humanos se da por razón del respeto u observancia de la ley, o en los casos en que se está frente a una sociedad de costumbres bárbaras, como lo era la romana en los primeros tiempos¹⁰, no queda más alternativa a los reyes, príncipes o tiranos que imponerse mediante el medio y el terror; bien decía el trágico: ...¿qué mortal es justo si no ha temido a nada?...¹¹ Aunque existen ilusos que piensan otra cosa, no hay duda de que, sobre todo en sociedades en vías de desarrollo, es el temor, en los más de los casos el elemento que determina a un individuo a respetar la ley.

⁹ Adagio jurídico de Cicerón, utilizado con mucha frecuencia en el Senado romano. Santo Tomás de Aquino en *Sed contra* lo cita. Lo repite también en el *Supplementum*, q. 65, art. 1, ad 2: “*res a natura profectas et a consuetudine probatas legum metus et religio sanxit*”.

¹⁰ Hace no demasiado tiempo Habermas (1989: 104-107) con referencia a la cultura romana anunció esa victoria de la cultura sobre la política al explicar cómo las formas culturales de amplias capas de la población alemana y europea contaron con capacidad suficiente para transformar, por medio de las actitudes de las gentes, unas formas políticas “encallecidas” dentro del paradigma político dominante en el contexto de la Guerra Fría. Ya anteriormente Habermas (1988) había reflexionado más profundamente sobre estas cuestiones. muy particularmente al estudiar el fenómeno de la desobediencia civil. El ámbito cronológico de nuestro estudio es muy distinto al de Habermas. Sin embargo, la problemática que plantea Habermas está lejos de ser exclusiva de las sociedades contemporáneas.

¹¹ Esquilo. (1993). *Las Euménides*. 700, en *Tragedias*. Madrid: Gredos; en la que se posee un estilo elaborado donde los personajes principales se enfrentan a destinos inefables o inevitables y generalmente funestos, en contra de los designios del destino o de los dioses, provocando la admiración.

Los griegos de la antigüedad y los romanos de la república, se sentían sometidos a los dictados de la ley positiva; no sólo eso: también a los de *la moral*, entendida como la costumbre reiterada, y se sentían comprometidos a comportarse con lealtad frente a todos, incluso con sus enemigos. Apuleyo refiere lo siguiente:

“Los atenienses, en cambio, como fueran leídas en público, unas tras otras, unas cartas de su enemigo Filipo de Macedonia, que habían caído en sus manos, por respeto al derecho natural, común a la humanidad entera, prohibieron que se leyera una de ellas, porque estaba dirigida a su esposa Olimpia. Trataron con respeto a su enemigo, más bien para no divulgar sus confidencias conyugales, pensando que la observancia de los derechos humanos ha de ser antepuesta a la propia venganza. Así se comportaron unos enemigos frente a un enemigo...” (1985, 35).

Tito Livio, por lo que hace a los romanos, refiere una acción igualmente honrosa:

“Era costumbre de los faliscos encargar al mismo maestro la instrucción y custodia de sus hijos... Acostumbraba este hombre, durante la paz, llevar a los niños fuera de la ciudad para sus juegos y ejercicios. Como la guerra no le había hecho abandonar esa costumbre, sacábales a distancias más o menos cercanas de las puertas, variando sus juegos y entretenimientos; y un día que había avanzado más de lo ordinario, y encontrando propicia la ocasión, llegó hasta los puestos y el campamento romano, llevándoles hasta el pretorio delante de Camilo. Allí, añadiendo a su infamia lenguaje más infame aún, dijo: “Que ponía a Falerias en poder de los romanos, entregándoles los hijos de los principales personajes de la ciudad”. En cuanto Camila escuchó estas palabras, contestó: “Aquí no encontrarás un pueblo ni un general que se te parezcan, malvado, que vienes con infame presente. No tenemos con los faliscos ningún pacto de los que establecen los convenios de los hombres, pero los sentimientos de la naturaleza nos son comunes con ellos. La guerra como la paz tienen sus leyes y nosotros hemos aprendido a observarlas, tanto por equidad como por valor. Armas tenemos, pero no contra esa edad que encuentra perdón hasta en las ciudades tomadas por asalto...” Dicho esto, le desnuda, le ata las manos a la espalda y hace que sus discípulos le lleven a Falerias, habiéndoles dado varas para que azotasen al traídos al llevarle delante de ellos a la ciudad” (1985, 315).

1.1.- El conflicto como fenómeno social en la *civitas* romana

El conflicto es una parte natural e inevitable de la vida, parte de la condición humana. La heterogeneidad es natural entre las personas; la diversidad es parte de la vida misma. De hecho, lo que nos lleva a comunicarnos son, precisamente, los distintos modos de ver las cosas. Estas diferencias, a su vez, motivan discrepancias que

pueden derivar en controversias o conflictos de diversa gravedad si no son adecuadamente resueltas. Por ello, puede decirse que el conflicto está presente en la actividad diaria de personas que interactúan y se relacionan: los desacuerdos son parte necesaria de la convivencia¹². Cualquier relación supone la existencia de personas distintas, con diferentes puntos de vista, con intereses disímiles, con actitudes o conductas que serán apreciadas por el otro desde una perspectiva diversa.

El conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone, de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de bienes que son limitados, forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad. Como no es posible concebir un grupo sin que existan intereses contrapuestos, el objetivo del orden social no es la desaparición de los conflictos sino la búsqueda de formas de controlarlos para asegurar un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre los miembros de la sociedad (Caivano, 2000).

De esta manera, y con razonada certeza la subsistencia del grupo no depende tanto de la eliminación de los conflictos, sino más bien de su capacidad para dominarlos, para hallar medios de solucionarlos pacíficamente. El objetivo final es evitar que el constante estado de tensión entre sus miembros, la permanente puja por bienes cuya limitación cuantitativa los hace deseables, se convierta en un factor disolvente de la estructura social y conlleve a agravar la convivencia pacífica que debe imperar. Haciendo eco de una visión pacifista e inofensiva, el derecho, el ordenamiento jurídico, puede ser concebido como un instrumento creado por el hombre para garantizar las condiciones de vida de una sociedad. Su finalidad es procurar preservar el orden y reducir los conflictos a su mínima expresión, tal como lo concibieron los juristas de la resonante República democrática romana¹³. Pero como no es posible erradicarlos totalmente, desde los tiempos más remotos se ha sentido

¹² El término litigio -haciendo alusión al conflicto personal- fue utilizado por primera vez en el Derecho romano, en sus inicios, cuando se utilizaban figuras judiciales en medio de apuestas, las cuales se conocían como "*Praedes litis et vindictarium*" en este proceso, todo lo referente a la seguridad y garantía que puede ofrecer el órgano judicial a la posesión ante las consecuencias de perder o ganar la misma.

¹³ Quinto Mucio Escévola, el primero que realizó una compilación del derecho de la época en su obra *Ius Civile*, de 18 libros; Aquilio Galo, alumno del anterior, quien escribió numerosas obras y Servio Sulpicio, el primer comentarista de los edictos del pretor; quienes *enseñaban y predicaban* que en la Pretura, con funciones judiciales y a cargo de un solo magistrado, se podían dirimir las disputas y diferendos, desde su creación el año 367 a. C. por obra de las leyes Sextias y Licinias.

la necesidad de resolverlos, de manera de facilitar la coexistencia de los intereses, y con ello el evitar la ruptura de la comunidad. Esa necesidad implicó -en lo inmediato- La eliminación de la violencia y la fuerza como métodos de composición, y el interés de las sociedades en instaurar formas de administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima las contiendas de intereses. Por ello, a medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

Platón, en consonancia con el reparo de las controversias, enseña que

"el mayor bien para el Estado, no es la guerra ni la sedición sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas con carácter preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero zanje las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces más integros que sea posible encontrar. Un Estado no sería estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido" (1979, 72).

Como hemos visto, la necesidad de subsistencia de los grupos sociales¹⁴ ha hecho que se piense en la conveniencia de que un tercero intervenga en los conflictos de los particulares para resolverlos pacíficamente. La actividad jurisdiccional, la existencia de jueces, es preexistente aún a la legislativa, a la formación de las normas jurídicas. De tal forma que, en los orígenes, los "jueces" o "terceros", quedaron bajo un régimen de libertad siendo su actuar eminentemente subjetivo y desorganizado. Las sanciones a los autores de conductas atentatorias contra la paz del grupo no eran aplicadas por un órgano especial, sino por toda la comunidad. Era,

¹⁴ Patricios y plebeyos, campesinos, artesanos, mercaderes, libres, esclavos, prisioneros de guerra, deudores insolventes, etc., grupos sociales que marcaron el inicio de una radical pero muy importante manera de demostrar que los cambios a una estructura estatal, siempre y cuando puedan ser llevados a cabo de una manera organizada y en conjunta colaboración y armonía, pueden lograr un Estado justo, consciente, constitucional y sin diferencias agudas, en donde rija, con el devenir de los siglos, la paz e igualdad de una sociedad enfocada al progreso y mejoramiento de la misma.

por tanto, -como afirma Caivano- una justicia “indiferenciada” (2000). Posteriormente cada sociedad debió darse reglas jurídicas que objetivaran situaciones consideradas estándares, cuya inobservancia es presupuesto de la jurisdicción. También debió constituir órganos especiales -a quienes se adjudicó a la función de juzgar- Y dotarlos de ciertas reglas de procedimiento que enmarcaran su accionar.

Tal como lo indica Árias (1941), en sentido vulnerable y asequible,

“...la existencia de medios para establecer el derecho es la condición necesaria para su vigencia. En las sociedades civilizadas, o más preciso, de alta ética, (República democrática romana), la intervención judicial es excepcional dentro de las transacciones o avenencias de la vida cotidiana. Pero a veces no basta la buena fe ni el proceder honesto para evitar dudas, divergencias o conflictos en la interpretación de la ley y entonces se hace indispensable la determinación, por medio de una autoridad competente de su sentido legal, esto es, un órgano que solucione la disparidad de criterios, el litigio, recurriendo a normas que aseguren su justicia” (525).

El hecho de que sea el Estado el que crea o instituye el Derecho, justifica el carácter eminentemente público de la actividad jurisdiccional, ya que no se concibe que luego de imponer la obligación de respetarlo, no asegure su realización en aquellos casos en que los destinatarios de la norma no lo cumplieren voluntariamente. La noción de Derecho viene ínsitamente ligada a la de coerción, ya que la convivencia social requiere que las conductas mandadas por las normas sean efectivamente verificadas. Y como no es dable suponer que todos los comportamientos que imponen las normas sean espontáneamente observados, resulta necesario prever mecanismos a través de los cuales pueda exigirse su efectivo cumplimiento.

En las organizaciones sociales modernas, el Estado se ha reservado para sí la potestad de proveer a los particulares de los órganos que habrán de resolver aquellas situaciones de conflicto cuya persistencia pueda perturbar la convivencia del grupo. Como se dijo, ese es uno de los instrumentos a través de los cuales se procura el mantenimiento de la paz social. Costumbre que nos viene dada desde las vetustas civilizaciones que han incidido en el quehacer jurídico actual.

1.2.- El *ius* y su posibilidad de inobservancia: Problema de coacción y violencia ante el conflicto

En los albores de la embrionaria civilización romana el conjunto de normas que debían guardar celosa y ritualmente los primeros pobladores del *latio*, daban lugar a una *civitas* organizada, en la que imperaba el *ius*¹⁵. En los casos en que el individuo destinatario del precepto concreto se ajusta espontáneamente a él, es decir tiene una conducta de acuerdo a la dictada por la ley, el derecho funciona sin necesidad de coacción. Éste es el funcionamiento normal y, por decirlo así, fisiológico del derecho (Calamandrei, 1997, 6); en la mayor parte de los casos, los individuos se dan cuenta por sí mismos de la existencia de un concreto deber de conducta respecto de ellos, y lo cumplen sin necesidad de que nadie los fuerce; los derechos subjetivos son satisfechos en virtud de la sola petición del acreedor, y para la obtención de ciertos efectos jurídicos, los interesados siguen puntualmente las modalidades que la ley prescribe a este objeto. El hecho de que, cuando el obligado se ajusta espontáneamente a la voluntad de la ley, el funcionamiento del derecho pase casi inobservado, por falta de oposición, no excluye que todos nuestros actos estén como sumergidos en esa especie de invisible atmósfera jurídica que acompaña, en todos sus movimientos, a la vida social. El creer que el derecho existe solamente cuando surge la necesidad de constreñir al individuo a observarlo, significa desconocer que, en la mayor parte de los casos, el derecho funciona precisamente porque se le ha dado observancia espontánea, y porque el mismo se impone respecto de los individuos y plasma por sí la vida social sin necesidad de recurrir a la coacción; y si la existencia del derecho se revela visiblemente sólo en el momento en que es necesario recurrir al *forum* para hacerlo valer contra la razón (esto es, sólo en los casos estadísticamente excepcionales y patológicos), esto ocurre por un fenómeno comparable a aquel por el cual el cuerpo humano no advierte el estado de salud mientras tal estado es perfecto sintiendo su falta solamente cuando una enfermedad lo pone en peligro.

¹⁵ “*Ius*”, es un vocablo término proveniente del sánscrito, antiquísima lengua indoeuropea, que quiere decir, ligar, amarrar o unir. Derivan de “*ius*” las palabras: “*iudex*” (Juez) “*iustitia*” (justicia) o “*iurisprudencia*” (jurisprudencia), enmarcadas en este contexto de normas que rigen la *civitas* romana.

Tratándose de una sociedad ideal, en la que la espontánea observancia del derecho, como sucedía en la monarquía de Rómulo y en la República inicial, ocurriera indefectiblemente en todos los casos, el problema de la *coacción*, que es uno de los aspectos del derecho, no tendría razón de ser; y ni siquiera tendrían razón de ser, en semejante sociedad ideal, los jueces, los árbitros y los abogados. El problema surge, en cambio, frente a la posibilidad (que es realidad cotidiana) de la inobservancia del derecho: no obstante que en la realidad se haya verificado un hecho específico concreto similar al previsto en abstracto por la norma, y que, por consiguiente, haya nacido de ésta un precepto concreto dirigido a un determinado destinatario, éste no tiene la conducta que el precepto en concreto le impone, es decir que desobedece al precepto; y así se produce en la realidad una no coincidencia entre la conducta observada en concreto por el obligado y la conducta que el Estado, declarándola anticipadamente en la ley, habría querido que se observase en aquel caso (*inobservancia o violación de la ley*: es decir del precepto concreto que en la verificación del hecho específico ha hecho nacer de la ley). Cómo reacciona el Estado contra esta inobservancia de su voluntad.

Sucedo que para asegurar la observancia práctica del derecho en el desarrollo concreto de las relaciones sociales, como predica Cicerón, no es suficiente la obra del legislador, cuya voluntad general y abstracta podrá a su tiempo traducirse en actividades prácticas conforme a ella, sólo en cuanto los individuos comprendan la palabra de la ley y estén dispuestos a respetarla. También el verso de Dante formula la admonición de que no bastan las leyes para mantener el orden si los individuos no se preocupan de respetarlas: “las leyes existen ¿pero quién cuida de su cumplimiento?”¹⁶.

Cuando los individuos no están dispuestos a respetar voluntariamente las leyes, entonces, para lograrlo es necesaria una *ulterior actividad* del Estado que se presenta como complemento de la actividad legislativa. El Estado, insiste Calamandrei,

“...al establecer las leyes, no se limita a dirigir mediante ellas, mandatos que afecten al comportamiento ajeno (que podrían reducirse a platónicas enunciaciones de deseos), sino que se compromete a actuar, empleando la fuerza

¹⁶ Dante Alighieri, 1265-1321. Título: La Divina Comedia; traducción en verso ajustada al original por Bartolomé Mitre.

para hacerlas valer. Las mismas no son solamente pues una exhortación dirigida a aquellos que deben observarlas, sino una amenaza de represión para los que no las observen y una promesa de ayuda para los que obren de conformidad con las mismas: un problema de fuerza, en suma, que el Estado se propone poner en práctica en el futuro, para impedir que el derecho quede inobservado. En esto consiste la coercibilidad de las leyes: en que las mismas están garantizadas por la fuerza del Estado. Si la actividad de aquellos a los cuales se dirigen las leyes no es conforme al mandato, intervendrá la actividad sucedánea del Estado que, al establecerlas, se ha constituido en asegurador de su observancia” (1997, 7).

Dicha ulterior actividad del Estado, dirigida a poner en práctica la coacción amenazada y a hacer efectiva la asistencia prometida por las leyes, es la *jurisdicción*, que fue emergiendo a pasos muy lentos pero firmes en la República de los *decemviri legibus scribundis consulari potestate*. En la vida del Estado, el momento legislativo normativo no puede entenderse con separación del momento jurisdiccional: legislación y jurisdicción constituyen dos aspectos de una misma actividad continuativa que puede denominarse, en sentido lato (en contraposición a la actividad social) *actividad jurídica*: primero dictar el derecho y después hacerlo observar; primero el establecimiento y después el cumplimiento del derecho. La jurisdicción aparece, pues, como la necesaria prosecución de la legislación, como el indispensable complemento práctico del sistema de la legalidad. De esta manera se evidencia en la historia jurídica del Derecho romano la necesidad de recurrir a seres humanos provistos de capacidad decisoria para dirimir los conflictos de leyes bien sean éstos jueces o árbitros, con misión sagrada y hasta divina, proveniente del *fas*, de resolver las desavenencias.

2.- La Roma primitiva y su vocación jurídica para dirimir los conflictos

Al elevarse por encima del estado bárbaro, en el cual están dotados de instituciones rudimentarias para las necesidades esenciales de la existencia, más o menos las mismas en todas partes, los pueblos oponen más claramente sus caracteres étnicos, revelan sus facultades particulares; se desprende su individualidad y cada uno de los grupos humanos descubre que tiene una misión y una vocación especial. La masa de las concepciones de que es capaz la humanidad y los beneficios concretos de

que ella obtiene constituyen una tarea demasiado basta para que uno solo de ellos la acometa íntegramente. El destino del estado-polis presuntuoso correría el peligro de llegar a su fin sin que la obra estuviese acabada. Los pueblos que han dejado en la historia huellas profundas aceptaron dócilmente esa distribución y la tarea de expresar y de adaptar a la vida algunas verdades parciales. Esa colaboración a la civilización universal, cuya importancia varía con la potencia intelectual, con el valor físico y moral, a veces es mínima, pero otras es vasta y de gran alcance, y de ese trabajo realizado en un tiempo y en un punto del planeta, siglos y, durante esos siglos, millones de seres son tributarios.

A Roma le cupieron en suerte, en ese punto de partida, la misión de la guerra y la vocación del derecho¹⁷. Llevó al más alto grado, en la Antigüedad, la ciencia militar, pero no la poseyó y no la utilizó más que por haberse sometido, en todas las direcciones del pensamiento, a una disciplina, y por haberse conformado siempre con la regla; y la regla, cuando se trata de las relaciones de los individuos entre sí o con las colectividades de las cuales dependen, es lo que se llama el derecho.

Los romanos –como bien apuntala Declareuil– no sólo sometieron a los hombres y tomaron posesión de las tierras, sino que también las organizaron. Era la primera vez, en la medida en que triunfaron, que semejante cosa se veía (1958). Los conquistadores anteriores, tal vez con la excepción de Alejandro, no querían más de tributos; pagados éstos, gobernaban a los vencidos desde lo alto y los abandonaban a su suerte. Roma tomó en serio su papel de soberana y de tutora que había recibido de la victoria. Estimó que eran buenas para los pueblos las normas a las cuales obedecía, y sin apresurarse, mediante una sugestión continua, los llevó en parte a someterse a ellas¹⁸. Y sus leyes, por el hecho de que reinaron durante mucho tiempo, sobre regiones muy extensas y diferentes, aunque siempre fueron resultado del mismo método seguro, fueron plegándose insensiblemente a las condiciones de vida más opuestas que se habían producido mientras duró su imperio, o que podían producirse en el porvenir, con lo que legó al mundo un cuerpo de derecho y de

¹⁷ *A Roma sorte apta ad id loci legati cum vocatione iure belli.*

¹⁸ Para más ver Mommsen Theodor, Althem Frank, Pietro Bonfante y Di Pietro A., quienes revelan que en el Imperio César asumió el control absoluto de las provincias conquistadas, de la prefectura “*morum et legum*”, el derecho de proclamar la guerra y la paz. Tanto así que el Senado le decretó lo que se denominó la “*salutatio ad imperatorem*”. Todos los súbditos del *latio* debían obedecer sus leyes y normas. (Hasta los gladiadores que antes de trabarse en combate, de pie ante el emperador le invocaba: “*Ave Caesar, Imperator!! Morituri te salutant*”).

jurisprudencia sobre el cual, después, ha vivido una parte de la humanidad, un cuerpo, o más exactamente, varios cuerpos de doctrinas y marcos racionales para casi todos los momentos y para muchos aspectos de la vida social. Roma tuvo conciencia de ello. A principios del siglo V, cuando la oleada bárbara sumergía ya al Occidente, un poeta galorromano cantaba, sobre las ruinas, el triunfo inmortal de sus leyes: *Porrige victuras romana in saecula leges, Solaque fatales non vereare colos*¹⁹. No es por haber tenido leyes, o ciertas leyes, ni por haber asegurado por ellas el mecanismo complejo de las relaciones sociales por lo que Roma conquistó esa primacía, sino por haber definido, ordenado y jerarquizado esas relaciones y las formas que les adaptó, por haberlas clasificado según sus fuentes o sus causas, por haber analizado, determinado, sus efectos, y, a veces, por haber previsto y combinado hábilmente estos últimos; en una palabra, por haber edificado una ciencia y un arte del Derecho con elementos dispersos y dispares, suministrados por todas esas fuentes (Declareuil, 1958). Sin duda alguna creó una mentalidad y procedimientos a propósito para someter todo dato jurídico a una norma²⁰, y esto tan sutilmente que la vida no fue suprimida ni alterada, sino por el contrario, recibió esa plenitud y ese movimiento que los prudentes expresaban diciendo de una conclusión: *elegans est*. Esa ciencia, *iuris civilis scientia*, cualesquiera que sean las restricciones con las cuales sea preciso entenderla, y sobre todo ese arte, *ars boni et aequi*²¹, con la medida, *prudentia*, y los medios, disciplina, que exigen, son esencialmente romanos, en ningún otro lugar se les encuentra llevados a ese grado, sea porque su recuerdo, si han existido, ha perecido, sea más bien porque no hayan sido concebidos más que únicamente allí.

A decir verdad, los comienzos de Roma en el dominio del derecho no fueron diferentes de las civilizaciones que la habían precedido, pero el resultado fue disímil.

¹⁹ Rutilio Claudio Namaciano, *Itiner*, 20, 133-134.

²⁰ En el derecho preclásico las normas jurídicas aparecen encuadradas o referidas a distintas masas o sistemas según su fuente o su ámbito de aplicación. Sólo en el período clásico se irá tendiendo a una integración sustancial en una unidad superior, aunque persistirán hasta Justiniano ciertas distinciones formales o nominales. Todo pueblo regido por leyes y por costumbres se vale, en parte, de un derecho que le es propio y, en parte, de un derecho que le es común con el conjunto del género humano. En efecto, el derecho que se da cada pueblo, ese derecho propio, se llama derecho civil, como que es propio de la ciudad. En cambio, el que entre todos los hombres establece la razón natural, ése se observa por igual entre todos los hombres y se llama derecho de gentes, puesto que de él se valen todas las gentes. Así, pues, el pueblo romano se rige en parte por un derecho propio, en parte por un derecho común a todos los hombres (Di Pietro, 1991, 67).

²¹ Jurisconsulto Celso, cónsul en tiempo de Adriano (S. II), al referirse a la ciencia del Derecho, *ars iuris, iuris prudentia* y, simplemente, al *ius*, lo califica de *ars boni et aequi* (ciencia de lo bueno y lo equitativo), siendo de advertir que la palabra *Ars*, en latín, tiene una acepción distintas y más amplia.

En las épocas atrasadas que la historia se anexiona poco a poco, las sociedades humanas aparecían de ordinario ajustadas al modelo del mundo divino concedido por ellas. El derecho se inspira en preceptos teológicos o sus toscas reglas sirven para satisfacer las necesidades inmediatas de la vida diaria²². Imitar a los dioses para acercarse a ellos y tenerlos propicios, asegurar al grupo la continuidad de la existencia, son las dos ideas directrices de las legislaciones primitivas. A ese fin tendían las antiguas constituciones del Egipto teocrático y feudal, y, con una tendencia más rápida hacia el individualismo, las de los pueblos industriales orientados hacia la ganancia, y evidentemente muy mezclados, de las llanuras de aluvión del Tigris y del Éufrates. Las costumbres de Israel y de los pueblos vecinos estaban estrechamente ligadas con las prescripciones rituales y gobernadas por las concepciones religiosas. Podría decirse de todos, como de los romanos, que entre ellos “el derecho civil permaneció mucho tiempo secreto entre los misterios y las liturgias de los dioses inmortales, y conocido solo por los pontífices”²³. Son –al decir de Arangio-Ruiz– maleabilidad ni flexibilidad, sus prescripciones breves, claras, resolvían bruscamente las cuestiones del mismo modo que una revelación o que los escasos de los hechos que en esos medios constituían los rudimentos de las demás ramas del conocimiento (1963). El derecho no tenía entonces ni autonomía ni órganos especializados. Cualquier laguna o oscuridad hacía preciso remontarse hasta su fuente, es decir, hasta el dios²⁴ o su representante, al menos hasta algún privilegiado favorecido por sus confidencias o hábil para convertirse en su intérprete.

²² El fundamento religioso de las instituciones políticas de la Roma monárquica es evidente. Eso se detecta en las instituciones jurídicas de la familia, de la propiedad y del derecho de herencia, pero también del régimen político de la ciudad-estado. “la comparación entre las creencias y las leyes, dice Fustel de Coulanges, muestra que una *religión primitiva* instituyó la familia griega y romana, estableció el matrimonio y la autoridad paterna, fijó los grados del parentesco y consagró el derecho de propiedad y el derecho de herencia. Esta misma religión, después de ampliar y extender la familia, formó una asociación mayor, la ciudad, y ésta reinó como reinaba aquella. *De ella tomaron su origen todas las instituciones*, así como todo derecho privado de los antiguos. De ella sacó la ciudad sus principios, sus reglas, sus usos, sus magistrados. Pero con el tiempo esas viejas creencias se modificaron o desvanecieron: el derecho privado y las instituciones políticas se modificaron con ellas”.

²³ Tito Livio, 9, 46. Valerio Máximo, 2, 5.

²⁴ *Quirinus*, nombre del dios que daría lugar al nombre de uno de los más antiguos pueblos que formaron Roma, llamados los Quírites, y del monte Quirinal, en que se hallaba el templo de este dios. Se llevó este nombre especialmente en la antigüedad romana, y se siguió manteniendo hasta nuestra era, en que varios santos le dieron nueva vida. Actualmente su uso ha quedado bastante restringido, manteniéndose por tradición en algunas familias. Quirino, uno de los dioses romanos más antiguos, protector del pueblo formado por los Quírites, es el que da origen y solera a este nombre. Fue quizá el Marte de los sabinos, pero bien pronto se identificó con Rómulo, el fundador de Roma. En el siglo III a. J.C. tenía ya el apelativo de Páter. Y posteriormente, se dio a Marte el apelativo de *Quirinus*. Quirino es la suprema divinidad política del primitivo Estado romano. Su templo estaba edificado en la colina del Quirinal, en la que estaba el *Capitolium vetus*. Aunque las cosas iban cambiando en Roma, el poder pasaba a otras manos, siempre se siguió venerando a Quirino como el dios primitivo de la ciudadanía romana. (<http://www.elalmanaque.com/santoral/marzo/30-3-quirino.htm>) Recuperado 20/05/2015. Luego con el devenir de

2.1.- Cosmogonía romana del Derecho, cómo determina la vivacidad y el ingenio de los romanos en la formación del *iudicium legitimum*

El origen de Roma, según la leyenda, es un estado de salvajismo y de anarquía. Los fundadores de Roma son bandidos y aventureros; desterrados por los suyos, y que, por amor a una libertad sin freno, se han separado de sus conciudadanos abandonando sus dioses y sus familias, y no llevando consigo sino su brazo y espada. Agregación de individuos, de átomos, que no tienen otro lazo que su espíritu salvaje y su fin común de bandolerismo. No han llevado mujeres, y los pueblos vecinos, que los miran como el desecho de los pueblos, rechazan con menoscabo e indignación la idea de darles a sus hijas en matrimonio. Pero lo que no se les da de buen grado lo toman por la fuerza, e invitando a sus vecinos a los juegos públicos, durante la fiesta acometen a sus huéspedes (crimen de los más execrables, según las ideas de la antigüedad) y roban sus hijas. Rómulo²⁵, su jefe, a quien la leyenda no parece escandalizarse de semejante crimen, y lo disculpa teniendo en cuenta el estado originario de salvajismo y de arbitrariedad. Pero el mismo Rómulo pone a ello

los siglos se impuso en la mitología Júpiter que se convirtió en el más grande de los dioses del Olimpo: Dios de la luz, Júpiter mantenía el orden entre los dioses y los hombres, e intervenía y juzgaba sus conflictos. Sus decisiones eran justas y equilibradas: No concedía favores a nadie. Júpiter era un dios muy poderoso, cuya voluntad fue limitada solamente por las detenciones del destino. Sus atributos ordinarios son el cetro, el águila y el rayo. Júpiter tuvo muchas aventuras amorosas y fue el padre de numerosos dioses, semidioses, ninfas, héroes y reyes. Júpiter se convirtió en tan insoportable, que otros dioses organizaron una rebelión contra él. Júpiter castigó a Apolo y a Neptuno enviándolos a edificar Troya en la tierra.

²⁵ *Romulus*, primer rey de Roma y fundador de la ciudad de Roma. En el año 753 a.C. comenzó a construir la ciudad sobre el Monte Palatino. Después de la fundación de Roma decidió poblar la ciudad aceptando todo tipo de gente (*asylum*): Refugiados, libertos, esclavos, prófugos, etc. Rómulo es el iniciador del período histórico llamado Monarquía Romana. Rómulo al ver que la población de su ciudad era mayoritariamente masculina decidió proporcionar a sus ciudadanos esposas, es así que Rómulo invitó a las tribus vecinas a un festival en Roma, donde secuestraron a las mujeres jóvenes de cada tribu, pero en especial de la población de los Sabinos (conocido como la *Violación de las Sabinas*). Después de esto los sabinos les declaran la guerra y cuando se iban a enfrentar en lo que sería una batalla final, las sabinas se interpusieron entre ambos ejércitos combatientes para que dejaran de matarse porque, razonaron, si ganaban los romanos, perdían a sus padres y hermanos, y si ganaban los sabinos, perdían a sus maridos e hijos. Las sabinas lograron hacerlos entrar en razón y finalmente se celebró un banquete para festejar la reconciliación, todo acabó pacíficamente gracias a las sabinas que intercedieron por sus nuevos maridos, los romanos, y Rómulo formó con el rey sabino, Tito Tacio, una diarquía que duró poco, hasta la muerte del sabino. Queda Rómulo sólo como rey. Rómulo seleccionó a 100 de los hombres más nobles para formar el Senado romano como un consejo consultivo para el rey. Estos hombres fueron llamados Padres, y sus descendientes se convirtieron en los patricios.

También, bajo el reinado de Rómulo, se estableció la institución de los *augures* como parte de la religión romana así como la *Comitia Curiata*. Rómulo dividió a la gente de Roma en tres tribus: romanos (*ramnes*), sabinos (*titios*) y el resto (*luceres*). Cada tribu elegía a diez *coviria*e (curias, comunidad de varones), aportando además 100 caballeros y 10 centurias de infantes cada una, conformando así la primera legión de 300 jinetes y 3.000 infantes. Ocasionalmente podía convocarse una segunda legión en caso de urgencia. Después de 38 años de reinado, Rómulo había librado numerosas guerras, extendiendo la influencia de Roma por todo el Lacio y otras áreas circundantes. Pronto sería recordado como el primer gran conquistador, así como uno de los hombres más devotos, de la historia de Roma. Después de su muerte a la edad de 54 años, Rómulo fue divinizado como el dios de la guerra Quirino y sirve no sólo como uno de los tres principales dioses de Roma, sino también como la imagen divinizada de la ciudad de Roma.

fin haciendo reinar el orden y el derecho como los únicos lazos capaces de contener esta turba salvaje, para protegerlos instituye el poder real, que con este objeto rodea de dignidad y esplendor.

A la fundación del Estado sucede la del hogar doméstico con el rapto de las Sabinas. Fundados el Estado y la familia, viene a su vez la religión. Rómulo tenía respeto a los dioses, pero la mayor parte de su actividad fue encaminada hacia el Estado. Numa, su sucesor, que según la leyenda fue llamado al trono por la reputación de su piedad y su espíritu de justicia, aparece como el representante del principio religioso. No se ciñe solamente al establecimiento de la religión, a la introducción de nuevos dioses y al régimen del culto, sino que tiene por fin fundar de nuevo, bajo el imperio de las leyes y de la moral, la ciudad que se había alzado por la violencia y por la fuerza de las armas; y lo consigue dando a esas instituciones una consagración divina, que resultaba de presentar las instituciones religiosas como inspiraciones de la ninfa Egeia (Ihering, 2001).

Tal es, a grandes rasgos, la historia de los orígenes del derecho, que a los romanos de los tiempos posteriores parecía ser el curso natural de las cosas. Hoy ya no hay necesidad de decir que toda leyenda contiene la expresión del pensamiento popular, y que, aunque el conjunto de hechos que ella relata no esté conforme con la historia, no por eso deja de encerrar la verdad psicológica y una indicación preciosa del pensamiento y del sentimiento universal del pueblo. La leyenda romana acredita muy señaladamente este carácter, como así lo confirma más adelante la Escuela Estoica que se preocupa principalmente por los problemas morales y psicológicos (Delgado-Ocando, 1957).

Los mitos populares se complacen por lo regular en elevar las impresiones relativamente próximas a una época muy distante y hasta a una edad primitiva, oscura y desconocida; representando la obra de los hombres y el producto natural de la historia nacional como un don celeste, y describiendo los tiempos antiguos como una edad de oro en que los dioses se confundían todavía con los mortales. Nada de esto se encuentra en la leyenda romana. Todo lo que Roma es, adquiere y produce lo debe a sí misma y a su poder. Todo lo hace y organiza con intención, concordancia y cálculo. Nada hace sin voluntad, ni siquiera las *gentes*, que son el

producto más inmediato del crecimiento *natura* de las familias; ni aun el derecho, que emana en gran parte de las costumbres. Nada se pide a nadie, a excepción del derecho internacional. El Estado, el derecho, la religión: Roma lo produce todo²⁶.

Así, el rasgo fundamental de la manera de ver los romanos es que Roma no ha pedido prestado nada y aquello que ha nacido en ella se lo debe a sí misma, habiéndolo creado con intención y conocimiento. La teoría de la generación espontánea, es decir, inconsciente y sonámbula del derecho, no ha podido nunca estar en auge en un pueblo enérgico que se desvive por imponer sus normas en la *coercitio* del *iudicium legitimum* como herramienta decorosa en la *civitas*.

La historia de Roma debe, por consiguiente, desde su comienzo recorrer en absoluto la larga carrera de salvajismo natural, anterior a la fundación del Estado; después la proximidad atomística de los individuos, luego la formación de un pueblo y de un Estado viril, y finalmente, la civilización y la religión. Roma tiene por único patrimonio hombres de enérgicos brazos, que se encuentran en el escabel más bajo de la historia: náufragos, moralmente desnudos, que voluntariamente han callado en la playa. No tienen pasado, no pertenecen a un solo y único pueblo, acuden de todos los puntos del horizonte; no aportan ni derecho común, ni dioses comunes, y no veneran nada de lo que los pueblos de entonces respetaban como santo y bueno; así es que aparecen a los ojos de estos últimos como el desecho de la humanidad²⁷.

La primera fase de esta cosmología del mundo romano ofrece así el general espectáculo de la historia en su origen; esto es, *el reinado de la arbitrariedad y de la violencia* (Monnier, 1915). En la fase siguiente asistimos al de la comunidad, liga contraída con el fin del bandolerismo, mantenida por la fuerza o por la disciplina militar, pero no por eso deja de constituir ya el origen del Estado. La familia, la consolidación de la dignidad real y la alianza con un pueblo extranjero vienen después, donde, al decir de Nieto, “el ejercicio indebido del arbitrio es arbitrario y con él aparece la arbitrariedad” (2000, 212).

²⁶ *Rei publica, ius, fas: Romae cuncta gignit.*

²⁷ *Lex Valeriae Horatiae*, 58 y ss., que establecía que las decisiones de los “*concilia plebis*”, que adquirieron la categoría de institución regular, interrogados por los tribunos, eran obligatorias para todos, y no solo para los plebeyos como hasta entonces había ocurrido y sin necesidad de la *auctoritas patrum* se imponían, y con gran frecuencia los *Tribunos Plebis* hacían referencia al origen del pueblo romano formado por la mezcla de los *ramenses*, *titienses* y *luceres*.

Entonces, y con Numa²⁸, aparecen la religión y la moralidad. La paz queda asegurada en el exterior. En el interior, las condiciones de la vida pública ordinaria se ven garantizadas; ha terminado el reinado de la fuerza bruta y llega el momento de comenzar la educación moral del pueblo. Una sola vez, es cierto, bajo Tulio Hostilio, el antiguo salvajismo se despierta; pero se ejerce en lo exterior, y el sucesor de este rey, fundador del derecho internacional, le da la legalidad, e imponiéndole límites internacionales consigue restaurar el espíritu de la época de Numa.

Aquí termina el génesis del mundo romano; en adelante sólo se verificarán cambios parciales en el orden establecido, siendo de notar que su historia ofrece cierta analogía con la cosmogonía del *Antiguo Testamento*, pues hace surgir todo un mundo en poco tiempo de la nada o del caos. Como en los días bíblicos de la creación, Roma hace nacer sucesiva y separadamente las diversas partes: el orden de la sucesión de sus períodos tiene algo de característicos; porque está dentro de la naturaleza de las cosas del caos, estado de agitación y de arbitrariedad individuales, sea el principio y el derecho internacional la conclusión. Pero es singularísimo que la religión aparezca después que el derecho; trasnocho completo del orden histórico, según el cual el derecho, en casi todos los pueblos, tiene originariamente un carácter religioso, y en lo sucesivo un carácter profano. Ya por otros²⁹ se ha indicado este hecho como digno de mencionarse; otros, con más certeza y persuasión se inclinan a ver en él la expresión del sentimiento romano, para quien el Estado ocupa el primer lugar y la religión solamente el segundo (Girard, 1901).

Este trasnocho de un orden de cosas constante, que la experiencia de la historia muestra siempre como ocurrieron de otra manera, denuncia que hay algo de artificioso en la historia de la formación del mundo moral romano, a lo que se unen otras consideraciones que traen nuevas pruebas en apoyo a este aserto. Las célebres indagaciones de Niebuhr nos ahorrarán el trabajo de entrar en detalles,

²⁸ Primer sucesor de Rómulo. fundador de la religión romana. Numa Pompilio enseñó a todos los romanos la forma en la que debían rendir culto a sus dioses, estableció el calendario sagrado e instituyó las principales ceremonias religiosas, siguiendo las instrucciones que –según decía– cada noche le dictaba una ninfa llegada desde el Olimpo, convirtiendo la religión en una pilastra de la *civis romanae*.

²⁹ *Verbi gratia*, Hegel, *Filosofía de la historia*, “es muy digno de notar que la religión nace después que el Estado, mientras que en otros pueblos las tradiciones religiosas aparecen desde los tiempos más atrasados y antes que cualquier especie de institución civil” (2002, 59).

“...bastándonos por ahora indicar de una manera genérica la profunda inverosimilitud que encierra la leyenda romana. Sin duda Roma, a fin de que el contraste de su grandeza ulterior apareciese más deslumbrador, rebajó en todo lo posible el concepto de sus orígenes, señalando la población primitiva como una confusión de individuos sin lazo común, a los que designa con el nombre de *primeros hombres*. ¿Es esto admisible?. Cada uno de esos individuos que concurren a la edificación de Roma, ¿no había formado ya parte de otra comunidad organizada?, ¿no llevaba consigo cierto acervo histórico, o es dable creer que arrojará lejos de sí a sus dioses, sus ideas de derecho y toda su educación moral para convertirse en un ser salvaje? Entre estos bandidos y esos asesinos, ¿hubiera podido formarse un derecho en tan poco tiempo?, ¿bastaría para fraguarlo la sola voluntad de Rómulo?. Y a pesar de la formación heterogénea de la población y de su licencia desenfrenada, ¿cómo adquirir tan inmediatamente la autoridad y la influencia de un derecho patrimonial u hereditario?” (Ihering, 2001, 97).

Hegel y Varrón, que han comprendido admirablemente la esencia del espíritu romano, lejos de rechazar esta creencia, fundan en esa primitiva asociación de bandoleros la legalidad rígida de los romanos. Y dice: Ese origen del Estado llevaba consigo, como consecuencia inmediata, una disciplina de hierro y el sentimiento del sacrificio en pro de la comunidad”. “Roma tiene desde su origen algo de artificioso, de violento, de improvisado, de original”, y la vida romana comenzó “con ferocidad salvaje ignorando los sentimientos de moralidad natural” (2002, 71). Según este sistema, *el derecho* no sería una cosa inherente al pueblo, sino *una especie de freno impuesto a un animal indómito y salvaje*, y el Estado sería la jaula, de donde ese animal saldría para arrasar o devastar los caseríos bajo el látigo de su domador. Sin negar a este sistema la dosis de verdad, se debe rechazar con energía la idea que hace emanar, por el respeto a la leyenda, el derecho y el Estado de cenagal tan impuro. La tradición romana quiere atribuir a los romanos la gloria de haber comenzado de la nada y de haberlo producido todo; y que no hay en el comienzo de la historia de Roma ni nacionalidad, ni religión, ni derecho. La verdad, por el contrario, es que todo esto existía antes de Roma, pudieron muy bien comprarse a sus fundadores con los emigrantes que continúan en otra parte la comunidad en que vivían en su patria, y que llevan tras de sí su familia y su fortuna, su religión y sus instituciones. Cualquiera que haya sido, por lo demás, el número de individuos llegados a Roma, y aun cuando Roma haya sido realmente el asilo a dónde venían de muy lejos a refugiarse los malhechores, hubo siempre allí un núcleo sólido de

población, una capa a la cual empezaron a asimilarse esos elementos atomísticos. Este núcleo guardador de las instituciones hereditarias garantizaba al Estado y a sus instituciones la firmeza que habían tenido desde el principio. La formación del derecho y del Estado romanos (empleando una expresión científica), no es, pues, nunca *primaria*, sino *secundaria*, y se establece sobre la base de formaciones preexistentes: Roma lleva desde su origen una dote histórica. En su derecho, en su lengua se hallan las reminiscencias de un pasado que se extiende más allá de Roma³⁰; encontrándose, por decirlo así, las huellas de un sistema antediluviano, de un desenvolvimiento del derecho cuyo progreso y principio son muy anteriores a la misma Roma, y cuyos resultados forman la base del edificio que se pone a construir. Determinaremos ahora esa dote histórica que Roma apartó a su advenimiento al mundo; descubramos el camino que el desenvolvimiento del derecho había seguido antes de llegar a Roma. Por más que el recuerdo se haya perdido en la memoria del pueblo, se encuentran, como acabamos de indicar en el párrafo precedente, restos de aquellos tiempos primitivos en el derecho, así como en el lenguaje de las épocas posteriores. Elevémonos con la leyenda hasta los primeros orígenes del derecho, siguiéndola paso a paso, sustituyendo cuatro fases que nos muestra en la historia de la formación del derecho (movimiento individual anterior al Estado, formación del Estado, aparición de la religión y adopción del derecho de gentes) por tres principios: el del derecho subjetivo, que corresponde a la primera fase; el principio de la familia y de constitución militar, con su influencia sobre la formación del Estado, que pertenece a la segunda y cuarta fase; y finalmente, el carácter religioso, que corresponde a la tercera. Subrayando la importancia en el intelecto romano que los conflictos, breves y controversias las dirimían con el recurrir a procesos que se fueron fraguando e ideando en la casuística romana.

2.2.- Roma, la *urbe* del derecho como manifestación de vida

El derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos: la literatura, la costumbre, el arte, la solución de los conflictos, es un producto de la conciencia

³⁰ *A dextris eius erunt reliquiae pristinae linguae latius quam Romanus.*

social y, por tanto, varía en el tiempo, cambia de pueblo en pueblo y ese cambio se va a realizar en la medida que van cambiando y se van afianzando los sistemas, las experiencias, las relaciones entre individuos, y será esa nuestra responsabilidad: el averiguar cabalmente el desarrollo de cada una de ellas para ver cómo desde su nacimiento responden a las necesidades y exigencias reclamadas por la vida social.

El derecho romano, como es sabido, se desenvuelve en un curso de siglos que va desde el siglo VIII a. C. hasta el VI de nuestra era, evidenciándose toda una gama de normas y principios y a través de ellos, el espíritu de un pueblo, ocupado en la labor de crear derecho. Esos juristas romanos llevaron a un grado tal de perfeccionamiento algunas de esas instituciones, como por ejemplo, las de las obligaciones y otros derechos de crédito, el procedimiento *in iure e iudicem*, entre otros, que han perdurado casi sin modificación a través de los siglos, regulando todavía nuestra compleja vida económica y procedimental (Calamandrei, 1997).

Y así nos dirá Ihering, ese insigne romanista alemán, si la poesía no está reñida con el derecho, ningún otro como el pueblo romano no muestra lo que es poesía de orden y regularidad. Porque, –como dice Carames-Ferro– “la obra de ese derecho es una obra maestra, en la que la llaneza y la unidad más grande se conjugan con la actividad enérgica” (1971, 9).

El laboreo secular de la jurisprudencia romana en consonante con la alta misión reclamada por el pueblo, para el cual es derecho lo que es justo. Con razón Portalis³¹, miembro de la comisión redactora del Código Civil francés, dice: “la mayor parte de los autores que censuran al Derecho romano, con tanta acritud como ligereza, no hacen más que blasfemar de algo que ignoran” (1988, 11). En la actualidad el Derecho romano es el antecedente obligado de todas las instituciones contemporáneas. Los preceptos del Derecho³² señalados por Ulpiano deben ser las normas de todo buen ordenamiento jurídico y; por ello, han desafiado a los siglos.

La historia de Roma es la historia de un pueblo que crea, y van a ir juntas y paralelas la política y el derecho, trabajando al unísono *para hacer de la urbe, un orbe*, cumpliendo así una misión de dimensión universal. Como elemento educativo del

³¹ Jean Etienne Marie Portalis. Comisario del Consejo de Presas, abogado, integrante de la comisión redactora “*Code civil des Français*” (1804) que tanta incidencia ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, marcando el inicio de ese gran Siglo XIX, para la historia del Derecho.

³² *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*



espíritu, la historia del Derecho romano constituye el verdadero ideal científico de una historia del derecho, ésta es por otra parte la más continua a través de los siglos y al mismo tiempo la más progresiva de las historias jurídicas.

2.3.- El principio de la voluntad subjetiva como fuente originaria del Derecho privado de Roma

No existe ningún derecho que haya procedido del esfuerzo individual, y cuyos orígenes no se pierdan en las profundidades de la fuerza física. Para una multiplicidad de pueblos, ese período de formación violenta del derecho ha desaparecido de su memoria originaria. Su tradición enmudece acerca de los antepasados que fundaron el mundo del derecho con la rudeza de sus brazos, para no hablar más de los dioses o de los servidores de los dioses que dieron a los hombres el derecho como presente³³, o que se lo impusieron como regla. El sudor y la sangre de los hombres que cimentan el origen del derecho quedan ocultos por el nimbo divino que a éste circunda.

No acontece así con el derecho romano, en el que el tiempo no ha podido borrar la huella de sudor y sangre con que la fatiga de los hombres le ha manchado. Para la historia de él, el principio de la fuerza individual, como fuente del derecho, es una de las verdades primordiales.

La fuerza individual es el origen del derecho, decimos, y estas palabras son casi ininteligibles para nosotros, que habituados a confiarlo todo al Estado, a definir el derecho como si fuera la voluntad del Estado y abandonarle su realización, apenas si conocemos la fuerza individual, y dondequiera que se muestra sin la autorización del Estado la perseguimos y la castigamos como un atentado al orden jurídico. Pero así como a nuestros ojos la fuerza y el derecho se diferencian el uno del otro,

³³ Habiendo muy justamente observado los historiadores del Derecho romano –afirma Fustel de Coulange– que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia romana, han creído que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. De este poder hacen una especie de institución primordial. Pero no explican cómo se ha formado, a menos que no sea por la superioridad de fuerza del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos. Pues bien, es equivocarse gravemente el colocar así la fuerza en el origen del derecho. Esta fuerza, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto, pues se ha derivado de *la religión* y por ésta se ha establecido; no es, pues, el principio constitutivo de la familia, del estado y del derecho.

“...así la intuición actual que tenemos de esas dos ideas difiere de la que poseían los antiguos romanos. Es preciso, desde que sentamos el pie sobre el suelo de la Roma antigua, abandonar completamente las nociones que tenemos sobre el Estado y sobre el orden jurídico. Nuestra rigurosa distinción del derecho y de la fuerza ¿es, por otra parte, tan exacta?, ¿no existe hoy mismo terreno en el que caminan de consuno?. Hemos declarado la guerra a la fuerza en el campo exiguo de la vida civil, donde se manifiesta tímida y disimuladamente, sin sospechar que hubo un tiempo en el que aun en aquel terreno alcanzó el más extenso poder; pero la fuerza, desterrada de las humildes regiones de la vida privada, se refugia en las cimas donde se agita la historia del mundo” (Arangio-Ruiz, 1980, 160).

Cuando un pueblo oprimido se libera de la tiranía que pesa sobre él; cuando un gobierno arroja lejos de sí el yugo de una *Constitución* fatal, impuesta por un supremo momento de atonía por las masas ignorantes; cuando la espada del conquistador hace desplomarse un Estado carcomido, decrepito, y abre leyes al pueblo vencido, ¿qué responde nuestra teoría del derecho y de la fuerza?. Acepta el cambio como un hecho consumado y salvador. En otros términos: no puede sustraerse a la confesión de que la fuerza, como tal, puede, a pesar de todo, destruir o crear el derecho. Y es que la historia, con su poder gigantesco, semejante al de la naturaleza, no se deja aprisionar en las telas de araña de una teoría; cuando se agita rompe de un solo golpe todos los hilos, dejando a la teoría el cuidado de reanudarlos para el nuevo estado de cosas.

¿Qué se deduce de aquí? Si aún hoy mismo vemos a la fuerza crear el derecho, ¿qué otra madre ha podido tener en el origen de la historia? Guardémonos, sin embargo, de confundir la una con el otro, y no digamos que la fuerza reinaba en vez del derecho³⁴. Entonces existía también el Derecho, pero tenía otra forma diferente que hoy: no existía como un poder objetivo que se realiza por sí mismo, sino como un sentimiento jurídico interno y subjetivo³⁵, que al marcar su huella sobre lo que la

³⁴ Para más, ver *Cartas a su hermano Quinto III 1,24*), Cicerón, quien desde su enorme productividad literaria predicaba que desde los albores de la humanidad, existen reglas de conducta que han regulado el comportamiento social de una comunidad. Originalmente estos “*usos y costumbres*” se basaban en el empleo de la *fuerza física*. Los más fuertes y violentos eran quienes reinaban e imponían sus mandatos. De alguna forma la naturaleza les había provisto de cualidades especiales que les permitían gobernar sin que los demás pudieran atreverse a cuestionar sus órdenes.

³⁵ Se lograría en apariencia considerar de esta suerte el Derecho subjetivo, seguiríamos careciendo de un criterio *a priori* para determinarlos; sin embargo, no es así. De esta manera, y tal como lo manifiestan Thon y G. del Vecchio, en *El concepto del Derecho*. 1912, 86. del análisis de la voluntad jurídica va desprendiéndose el orden de las condiciones que la actividad jurídica del individuo puede exigir para cumplir su fin. La historia del Derecho revela, sin duda alguna, que crece sin cesar el número de los Derechos subjetivos reconocidos; pero ni el ser subjetivo lo hace derecho, ni para ser Derecho subjetivo le fue preciso el reconocimiento; este lo necesito para que se le protegiese y defendiera, pero cuando era debido, exigido, tenía el mismo carácter del Derecho subjetivo que después de ser reconocido.

fuerza había creado, adquirido o conquistado formaba parte del individuo mismo, duplicando así la energía que éste empleaba para mantenerlo. El primer germen del sentimiento jurídico es el de la *propia razón*, fundado sobre el mantenimiento de las fuerzas propias, y que tendía a conservar los resultados de éstas. Lo que el hombre conquista con el sudor de su frente, o a precio de su sangre, quiere conservarlo. Este sentimiento implica, es verdad, el reconocimiento del derecho de otro; pero en la práctica tal respeto no se desenvuelve sino insensiblemente y con trabajo. En su primer origen, este respeto se ciñe al círculo estrecho de los asociados; todo hombre que se halla fuera de la asociación carece de derecho y contra él, se puede desarrollar y dar ímpetu a la cólera, y entonces la fuerza preponderante funda el derecho. La violencia es permitida hasta contra los asociados cuando ellos lesionan la persona o la dignidad de un coasociado. La fuerza privada recupera lo que ha perdido, y si la reivindicación llega a ser imposible, al menos calma la sed de venganza (Ihering, 2001).

Tales son los contornos de brutal sentimiento jurídico de los romanos o sus antecesores, olvidado apenas desenvuelto, aunque siempre conservaron, si bien revestido de una forma más refinada y noble. El mundo permanece a la fuerza individual, porque cada cual lleva en sí mismo el fundamento de su derecho y debe defenderlo: tal es la síntesis de las ideas de la Roma antigua sobre la vida privada, como vamos a deducirlo de las huellas que nos conservan el derecho, los mitos y la etimología.

El mundo romano fue fundado por la espada. La espada o la lanza -según infiere Ihering-

“...son su más antiguo símbolo de Derecho. No recibieron los romanos de sus dioses, como los judíos del Dios de Israel, la Tierra Prometida; no tuvieron que recurrir ni a la venta ni al engaño, como Dido cuando fundó Cartago; no tienen ninguna propiedad transmitida, en el sentido del lenguaje jurídico (derivada de Dios o de los hombres); su propiedad es *originaria*, la toman donde la encuentra” (2001, 99).

La adquisición del romano consistía en *capere*; para él la propiedad es todo lo que sus manos proporcionan, *manu captum*, *mancipum*; él es el que toma, *herus*; la propiedad no se transfiere, como más tarde, por la tradición (*transductio*, *traditio*), sino que el abandono de una propiedad se concluía, en la forma como en el fondo, por

medio de una apropiación unilateral de parte del adquirente, de tomar³⁶ por sí las cosas (*mancipatio, manucapere*).

El caso más importante de apropiación violenta se encuentra en el botín de guerra, que era considerado, según lo demuestra Gayo, como el mejor modo de adquirir la propiedad: *maxime, dice, sua esse credebant, quae et hostibus cepissent*³⁷. En todos los pueblos jóvenes y guerreros el robo hecho al enemigo ha sido siempre considerado como honroso medio de adquisición; aún hoy mismo, en el seno de las tribus nómadas de África, la palabra *ladrón* es un hombre de honor, y según la apreciación de los antiguos griegos y de los pueblos septentrionales antiguos, la piratería era un oficio considerado, mientras que se despreciaba el comercio, porque puede conciliarse con la cobardía y el engaño. Mercurio era a la vez el dios del comercio y del robo. Este aserto de Gayo no es otra cosa, ciertamente, que una opinión personal; pero no carece de peso, porque vemos a un jurisconsulto romano, con mejores datos que nosotros para conocer el derecho antiguo, desenvolver en esa observación la huella del sentimiento, cuya existencia queremos hacer constar entre los romanos. Parece igualmente que debe relacionarse con la idea de *tomar* el origen etimológico de la palabra *praedium*, cuyo parentesco con la palabra *praeda* no pueden negarse. Nada tiene de extraño que se haya querido igualmente relacionar la división de las cosas en *res Mancipi* y *res nec Mancipi* con el botín de guerra; las *res Mancipi*, cuya propiedad no se transfería sino por la *mancipatio*, o por cualquier otro modo de adquisición del derecho civil, serán, según lo dicho, las cosas que los romanos tenían la costumbre de llevar consigo en sus excursiones de guerra. La *mancipatio* resulta del acto de aprehensión de quien recibe y no del abandono de quien da, pero que no tiene ninguna relación particular con el botín de guerra.

El símbolo de la propiedad era la lanza. En Roma, todos los actos públicos que tenían relación con la propiedad eran anunciados clavando una lanza en el suelo. Así se hacía, por ejemplo, delante del tribunal de los centunviro, que conocían principalmente de la verdadera propiedad romana; y así ocurrían también en las

³⁶ La palabra *tomar* es la sola que responde a la idea romana, y la lengua latina, por pobre que sea, por otra parte, es rica en expresiones que han tenido en su origen esta significación. *Emere*, en la lengua de los tiempos más adelantados, significa comprar, pero allí donde los romanos de ese tiempo compraban, sus antepasados tenían la costumbre de *tomar*; tal era, en efecto, la significación de *emere*, según se desprende de la expresión de Festus V, *Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant por accipere*.

³⁷ Gayo, IV,16, (Citado por Arangio-Ruiz).

ventas públicas (*sub hasta vendere*), y la palabra *subhasta*, que ha pasado al lenguaje judicial de nuestros días, tiene su origen en este uso. En la manumisión de esclavos ante el pretor aparece igualmente la lanza, reemplazada más tarde por un bastón, en lenguaje oficial *vindicta*. Pero esto nos conduce a la *vindicatio*. En los ritos nupciales conocíase también la lanza. Se usaba durante la ceremonia del casamiento, en la que el futuro esposo dividía la cabellera de la esposa por medio de una lanza, *caelibaris hasta*, y Festo, que nos ha conservado estas noticias, da, entre otras explicaciones, la de que la lanza es el signo más elevado del poder (*summa armorum et imperii*). Este acto pudiera haber significado el símbolo de la completa sumisión del derecho a la solución de los conflictos con la intervención de un tercero que tenía autoridad por medio de la lanza³⁸, que, como se verá³⁹, coexistirá el *iudex* o el *arbiter*.

Fustel de Coulange, en un acercamiento a la lanza de la autoridad, informa

“...tan natural es que los romanos hayan negado a sus dioses el signo más elevado del poder, que no debe asombrarnos el que los romanos de los tiempos primitivos adorasen a todos sus dioses bajo la forma de una lanza. Más tarde esta lanza, símbolo de los dioses, vino a ser atributo en su más antigua forma: como *hasta pura*, lanza sin hierro” (1996, 187).

Cuando la fuerza física es origen de adquisición, natural es que la mano ocupe el primer lugar como instrumento: combatir es venir a las manos, *manum conserere*; atacar es poner la mano sobre... *manum iniicere*, *manus injectio*. El mismo poder jurídico se denomina *manus* porque, en efecto, la mano lo ha fundado y lo mantiene. La fuerza material, poder, es, pues, la madre del derecho; tal es la conclusión de lo que precede. Esta proposición expresa claramente la manera de considerar la vida y el espíritu belicoso del pueblo, y caracteriza la historia anterior de Roma. La etimología nos suministrará además numerosas pruebas.

Así como la lengua latina no designa las propiedades o fondos de las tierras por su calidad de inmuebles, sino que las considera como objeto de conquista, asimismo, expresa Ihering,

³⁸ No en vano, y con gran tradición la Antigua Roma adoptó la imagen de una diosa femenina de *Iustitia*, mezclando los ojos vendados de la diosa romana *Fortuna* (el destino), con la griega *Tyche* (la suerte), y la espada de Némesis (la venganza). Las primeras monedas romanas representan a *Iustitia* con la espada en una mano y la balanza en la otra, en señal de autoridad y dominación.

³⁹ En el Capítulo II, *in extenso*.

“...no designa al hombre por su sexo, sino que lo nombre por su vocación guerrera. La expresión sánscrita para significar hombres es *nri* y *mara*, y la lengua griega la ha conservado en *ανηρ*. El latín, por el contrario, la rechaza y sustituye por la palabra *vira* (*vir*), que en sánscrito significa guerrero, héroe; es decir, que los hombres romanos no se caracterizan por su sexo, sino por su vocación guerrera. La virtud romana, *vir-tus*, es, pues, según su significación originaria, la posesión de la virilidad, es decir, del valor guerrero. La palabra *vis*, fuerza, poderío, tiene demasiada analogía con *vir*, tanto por la consonancia como bajo la relación de esta antigua manera de ver de los romanos, para que no deje de deducirse cierto parentesco originario etimológico entre esas dos expresiones. La idea de que nos ocupamos puede ser interpretada así: Un guerrero (*vir*) ejerce su fuerza (*vis*) por medio de la lanza (*hasta*), y somete a las personas y las cosas a su poder *manus*” (2001, 118).

El nombre del pueblo, *Quirites*⁴⁰, según la etimología más admitida, conduce a la misma idea. *Quiris*, *curis* es la antigua lanza sabina. Los quiritos son los portadores de las lanzas. Séame permitido ahora emitir una suposición a propósito de la etimología de *Quiris*. Según una célebre autoridad, es posible que las voces *curia*, *decuria*, etc., se deriven de *com-viria*, *decemviria*. *Curia*, según esto, indica la comunidad de los hombres, de los soldados; *descurias* y *centurias* tienen una significación militar, y designan partes del ejército.

2.3.1.- Conflicto intersubjetivo de intereses en la *urbis romanus*

Mientras el conflicto se presenta entre los intereses de una misma persona, se resuelve, naturalmente, mediante el *sacrum facere* del interés menor al interés mayor. Esta forma de conflicto puede incluso tener importancia para el grupo, cuando uno de los dos intereses está más ligado que el otro a un interés colectivo; pero en último extremo cuando así suceda, el interés se considera no tanto entre dos intereses de la misma persona como entre uno de estos y el interés del grupo y, por consiguiente, el caso cae dentro de otra hipótesis, que no es del interés *recién* de esta investigación.

⁴⁰ *Quirites* como conjunto de leyes comunes que les eran aplicadas a los ciudadanos en la Antigua Roma, designaba, a los que llevaban esa lanza. Esta imprescindible lanza, que ya hemos encontrado entre los dioses y entre los hombres, en las bodas y en las ventas, en las manumisiones y en las audiencias de los tribunales, no podía hallar lugar más oportuno que el nombre de ese pueblo mismo.

Pero la hipótesis que presenta mayor importancia, desde el análisis que *estamos introduciendo aquí*, hasta el punto de constituir la circunstancia elemental del fenómeno jurídico, “es la de conflicto entre intereses de dos personas distintas” (Carnelutti, 1997, xlix). La importancia de esta hipótesis emana del peligro de la solución *violenta*⁴¹. Cuando dos hombres que tienen hambre se encuentran ante un pedazo de pan, es probable que cada uno de ellos intente tomarlo por la fuerza; si dos comerciantes están ante un interés particular y que genere *animus lucrandi*, con seguridad guerrearán, combatirán por imponerse uno de ellos.

Sin duda, incluso considerando el ejemplo anterior al margen del derecho es posible que el conflicto a que dé lugar tenga una solución *pacífica*. Los dos antagonistas pueden encontrar en *sí*, es decir en la fuerza de su espíritu, la razón para limitar la satisfacción de sus necesidades a fin de que pueda ser satisfecha la ajena. A esta hipótesis corresponde la solución *moral* del conflicto. O bien pueden entrar *fuera de sí* el motivo de la limitación, ya sea en el temor a la fuerza del otro, o en la fuerza de un tercero, quien les acuerde con tal solución. A estas otras dos hipótesis corresponde, de manera rudimentaria, la solución *contractual* y la solución *arbitral*⁴². Pero ninguna de esas soluciones es suficiente para eliminar en la práctica el peligro de la violencia. Ciertamente que la solución moral es la propia antítesis, pero exige una evolución tan avanzada de los hombres, que en el estado actual de la civilización no sólo no cabe contar con ella, sino ni siquiera prever cuándo se podrá confiar en la misma. Por otra parte, la solución contractual y la solución arbitral, cuya eficacia deriva de la fuerza, ofrecen el inconveniente, al menos mientras se prescindiera del ordenamiento jurídico, de ser efímeras: en virtud de ellas, la paz dura lo que subsiste el miedo al adversario o al tercero; pero tan pronto como las circunstancias cambien

⁴¹ Que conlleva a hurgar en la historia, y darnos cuenta que son evidentes los choques de intereses contrapuestos, al punto que algunos plantean que los humanos somos una especie de accidente biológico (Mayr, 1942, 38), toda vez que hemos sido los únicos seres vivos en este planeta que han utilizado su transcurrir en este espacio vital para destruirse entre sí, destruir a las otras especies y de paso, acabar con el ambiente que los rodea, sustentados en hacer valer sus motivaciones e intereses, producto de su acción racional, que refleja *motus proprii* su violencia interna.

⁴² Ley de las XII Tablas -*como se ampliará en su oportunidad*- donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la *iuris privata* basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un *arbitraje* que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados por las partes. De esta manera, se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario al *legitimum iudicium romanus*.

y que el temor se desvanezca o, sencillamente, que se atenúe, el peligro de la solución violenta reaparece, como bien lo ha confirmado la tradición jurídica.

Por tanto, el empleo de la violencia para la solución de los conflictos hace muy difícil la permanencia de los hombres en sociedad y, con ello, el desenvolvimiento de los intereses que por su naturaleza colectiva requiere esa permanencia. Es así como en su propio interés, señala Carnelutti,

“...los hombres se sienten impulsados a encontrar un medio que elimine la solución violenta de los conflictos de intereses, en cuanto tal solución pugna con la paz social, que es el interés colectivo supremo. En realidad, puesto que únicamente mediante la vida en sociedad pueden los hombres satisfacer gran parte de sus necesidades, y puesto que la guerra entre ellos disgrega la sociedad, la *solución pacífica* de los conflictos se convierte en interés colectivo (público), al cual podríamos dar, para distinguirlo de los intereses en conflicto (internos), el nombre de interés *externo*. En él radica la *causa del derecho*” (1997, 21).

Sin este idealismo ni visión, cabe, desde luego, que la apreciación de este interés induzca a los hombres, sin más, a abstenerse de la violencia y a componer sus conflictos por medio del *contrato* o del *arbitraje*, de la misma manera que las ventajas de la paz pueden llevar a que se renuncie de modo espontáneo a los riesgos de la guerra. Cuando así suceda, la composición de los conflictos se logra *sin necesidad del derecho*, y no por obra de una *valoración moral*, sino *económica*. La influencia que despliega el interés externo para determinar la composición espontánea de los conflictos, ni es pequeña ni puede ser olvidada. Al contrario, una observación profunda del régimen de los conflictos interindividuales, intercurias e internacionales, debe conducir a comprobar que a medida que la civilización progresa, *hay menos necesidad del derecho* para actuar la solución pacífica del conflicto⁴³, no ya sólo porque crece la moralidad, sino también, y más que nada, porque aumenta la sensibilidad de los hombres ante el supremo interés colectivo.

Ha de reconocerse también, por otra parte, que el momento en que la solución violenta de los conflictos que, al menos en principio y de manera eliminada, si no por un fenómeno de moralidad, por la presión que el interés externo ejerza sobre todos

⁴³ En sociedades donde los derechos humanos son exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos y lograr una comunidad sin necesidad imperiosa del derecho, donde esos derechos fundamentales primen a toda costa.

los hombres, está todavía muy lejos, y hace falta por ello estudiar de qué otro modo obra el interés relativo a la composición de los conflictos⁴⁴, para obtener dicha eliminación.

3.- Sistema de justicia privada, origen del Derecho en la *iura privata*

Se ha evidenciado, y de alguna manera los hechos lo acreditan, que los primeros impulsos del sentimiento del derecho lesionado consisten inevitablemente en una violenta reacción contra la injusticia causada, que origina la defensa privada y venganza. Todo derecho, pues, tiene su origen en la defensa privada y en la venganza; especie de *justicia salvaje*⁴⁵. Pero este origen con arreglo a nuestros pensamientos actuales, es sólo el caos que precede a la fundación del Estado, período en que el derecho y la fuerza no se han separado aún; momento impropio todavía para la manifestación del derecho que, según nuestras ideas, nace a medida que el Estado, rechazando esas explosiones del sentimiento jurídico subjetivo, crea órganos encargados de realizar el derecho, cuyo origen data, según nuestro actual modo de ver, de la época de la creación de las funciones judiciales. Así, pues, como resalta Burdese, “el orden jurídico y la administración de la justicia por el Estado son sinónimos en actuación *in continendi*” (1972, 35).

Si la historia de las instituciones privadas ha resultado ejemplar, la exposición de los hechos que integran el derecho realizado por el *populus senatusque romanus* (PSQR) es enormemente apasionante, de allí que este concepto, que se explica desde el punto de vista de nuestro orden jurídico actual, no tiene en cuenta la fuerza y eficacia del poder de organización natural de la idea jurídica. Aunque el punto esencial para el orden jurídico es la realización segura y constante del derecho. Es

⁴⁴ A este tenor Carlos Cossio, nos instruye, que en el análisis de los conflictos se desprende el problema de la *interpretación judicial de la ley*, que implica un conocimiento por comprensión de los sentidos jurídicos (por ejemplo el sentido de la justicia), que no se parece en nada a la famosa teoría del silogismo judicial. -Añade el autor suramericano-, en realidad, *la interpretación de la ley*, si se quiere buscar un símil, se parece mucho más a la interpretación de una partitura musical, dentro de la cual caben lógicamente diferentes interpretaciones. Sabemos que en una misma partitura existe la posibilidad comprobada a diario, de que cada ejecutante la interprete de distinta manera, pero claro está que dentro de ciertos límites. De modo que, siguiendo con la imagen, el sentido de estas conferencias va a ser una invitación a que se medite un poco sobre esta ejecución musical que, como jueces, se hace cuando se sentencia; que se piense reflexivamente sobre esta manera de ejecutar una partitura, no musical pero sí jurídica (2002, 43). Lo que nos permitirá en el contexto jurídico recurrir a la solución de los conflictos y sus componentes multi-diversos.

⁴⁵ Como la denomina Bacon, ilustre canciller de Inglaterra, en su extenso *memorandum* sobre justicia, citado por Margadant.

un error creer que esta realización únicamente se puede conseguir por el Estado y sus autoridades, y que resultarían incompleta confiada al poder inmediato de los usos de la vida.

En los albores de las civilizaciones, la parvedad o carestía hallaba su satisfacción en la necesidad misma. Antes que un progreso más acentuado hubiera hecho surgir poco a poco órganos especiales para los diversos intereses, exigencias y necesidades de la comunidad, esos intereses no estaban desatendidos, sino que la defensa privada natural o la virtud curativa de la vida velaban por ellos⁴⁶. Vemos en nuestros días, asegura Ihering, al hacer retrospectión, que

“...imponerse al Estado la azarosa obligación de organizar el trabajo; por muy familiarizado que se esté hoy con esa idea, se ha debido retroceder ante su consecuencia extrema, admitiéndolo nada más que el trabajo se organiza por sí mismo, y que el Estado no puede ni debe mezclarse en su organización. ¿Qué tiene de extraño, pues, que la justicia haya podido un día organizarse también por sí sola en los tiempos en que el Estado no tenía la costumbre de venir al socorro de los individuos, y que ellos hallasen en sí solos la justicia, como hoy por sí solos encuentran el trabajo?” (2001, 137).

Así las cosas, con una incidencia mínima del Estado en el quehacer jurídico público, es de preguntarse ¿Tenía el Estado, pues, necesidad de establecer los principios de derecho con arreglo a los cuales los pueblos se dirigían en su origen?. ¿Habían sido abandonados de Dios y del derecho hasta el momento en que el legislador se ocupó de ellos y les prescribió lo que era del derecho?. No hace mucho tiempo que aún se creía así, que se tenía por imposible el orden público sin un legislador. Hoy hemos dejado esa falsa doctrina, y sabemos que el derecho no ha esperado al legislador, sino que ha existido desde los tiempos más remotos bajo la forma de costumbre⁴⁷. ¿Es, en efecto, tan increíble que el mismo instinto del derecho y del orden de que hablamos, y que hizo al legislador innecesario, se haya también manifestado en la

⁴⁶ De aquí que no fuese obra meramente anecdótica el que Montesquieu, llegase a formular las características esenciales que integran el estado de derecho en el Libro XI de su *Espíritu de las leyes*, tomándolo de las instituciones jurídicas mantenidas a lo largo del devenir de Roma, en las que se adiestra la solución de los diferendos para ir trazando otros diferentes horizontes, en los que el derecho no sea la quintaesencia de la libertad y el protector de la dignidad humana, como lo recuerda el viejo aforismo “*ubi homo, ibi ius*”, porque precisamente “*hominum causa omne ius constitutum sit*”, sino más bien una serie de postulados multidisciplinarios.

⁴⁷ *Mores maiorum consuetudo*, como la costumbre de los antepasados, fuente formal que recuerda Domicilio Ulpiano “*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*” –las costumbres morales son un tácito acuerdo del pueblo arraigado tras una larga práctica-, D. II, 23.

realización del derecho, haciendo inútil al *juez* en la acepción actual de la palabra?. Jueces los hubo en los tiempos más remotos; eran hombres versados en el conocimiento del derecho, que daban su parecer como peritos sobre una cuestión. Se trata únicamente de saber si, como nuestros actuales jueces, decían y realizaban el derecho en nombre del Estado. Ahora bien, esto es lo que negamos. La historia no nos ha transmitido, es cierto, una imagen clara del Estado jurídico originario, que se pierde en los tiempos primitivos de la existencia de los pueblos; pero nos ha conservado en casi todas las ciudades estados tantas huellas en su derecho posterior, que estamos en aptitud de reconstruir científicamente este estado originario y de las ideas que entonces dominaban. El interés que presenta esta reconstrucción, además de arrancar a la historia algo que nos ocultaba, consiste en comprender mejor lo que nos ofrece, es decir, -palabras de Schulz- “en darnos cuenta de las ideas y de las consideraciones que han dado origen al derecho de los tiempos históricos; en buscar la afiliación y el sentido de sucesos que, deben parecernos enteramente enigmáticos e inteligibles a la luz, *prima facie*, del devenir” (1990, 24).

No era la casualidad la que reinaba en lugar del derecho; no era el grado de fuerza física de que podían disponer las partes contendientes el que hacía la idea del derecho se realizaba. El que por una injusticia que había sufrido se veía obligado a recurrir a la defensa privada no quedaba reducido a sus propias fuerzas, a menudo débiles, sino que la injusticia provocaba en el seno de la comunidad la misma reacción del sentimiento jurídico que él sentía⁴⁸. La preponderancia de la fuerza física se inclinaba regularmente del lado del que tenía la razón. El sentimiento del derecho implica el instinto de realizarse, y un ultraje a él no alcanza sólo al individuo aislado, sino que despierta ese instinto en todos los demás individuos. Si ese

⁴⁸ En la primitiva época monárquica el sistema de represión penal unido a la *civitas* aparece íntimamente inspirado en principios religiosos. La colectividad ciudadana se preocupa esencialmente de que no pueda turbarse la *pax deorum*, es decir la situación de *amicitia* entre los dioses y los hombres y, a tales fines, más que el comportamiento de un individuo que venga a turbar la paz con los dioses, lo que importa es la responsabilidad solidaria de la colectividad misma, que ha de procurar que el culpable, sea sancionado a título de sacrificio expiatorio, dirigido a sanar el estado de impureza colectiva y a restaurar la *pax deorum*. Este sistema religioso jurídico se injerta, por otra parte, en exigencias de carácter ético-social, en el sentido de que se adecuaba tanto la individualización de los comportamientos agresivos de la *pax deorum* cuanto la naturaleza de la expiación. Debe prestarse atención, -*re crimina Burdese*- a que, el ordenamiento ciudadano está realizado en una sola sociedad gentilicio y familiar, y que, en este campo, su intervención, frecuentemente, se ve reducida a llegar a establecer los límites y a ejercitar un control en lo que se refiere a la represión de conductas individuales, dentro de aquellos grupos o en las relaciones surgidas entre grupos, mediante actos de *autodefensa privada* tirados en la idea privada de la *vindicta* (1972).

sentimiento no tiene para cumplirse un órgano constituido al efecto, tratará de satisfacerse directamente, y aunque no haya *juez* para llamar al delincuente a rendir cuenta de su culpa y para aplicarle la pena, ésta no dejará, sin embargo, de alcanzar al culpable, quizá de manera más rápida y segura en la organización más perfecta de la justicia penal; porque la *justicia* del pueblo es la que impele a respetar la *moral* popular ofendida. Lo que en las circunstancias actuales hacen el temor de la pena legal y la espada vengadora de la ley, allí lo efectuaba el temor del brazo, doquier siempre presente, de esta justicia del pueblo, si bien será erróneo figurarse ese estado de cosas como dando diariamente origen a escenas de justicia popular y de defensa privada y violenta. Únicamente cuando el derecho del uno y la injusticia del otro aparecían clarísimos era cuando la *defensa privada* podía estar segura del socorro moral y físico que garantizaba su resultado y la pretensión era de naturaleza dudosa, su persecución con ayuda de la historia privada debió necesariamente ocasionar una lucha bárbara, tuvo que suplirse con la creación de *instituciones* que tuviesen por fin la decisión de la disputa⁴⁹.

A medida que pierde su importancia, este contraste entre el derecho o la injusticia contestable o incontestable, el derecho progresa en dirección a esta distinción, pero está tan profundamente impresa en el derecho y en el procedimiento antiguo de Roma, que se la puede designar como la idea fundamental que caracteriza toda la obra arquitectónica del sistema antiguo, como dice Savigny,

“...no hay proceso sino allí donde la pretensión es rebatible; cuando es evidente, la ejecución tiene lugar en seguida y es sólo el interesado quien la persigue, las autoridades no tiene para qué intervenir. *Neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare*; este epígrafe contiene la idea fundamental del orden jurídico de la antigua Roma. El que tiene un derecho evidentísimo no necesita de la autoridad para hacerlo recorrer ni para realizarlo. El conseguirlo concierne sólo al interesado, y no se conoce ninguna disposición del derecho antiguo que le imponga la cooperación de la autoridad o que se la haya hecho siquiera entrever” (Citado por Arangio-Ruiz, 1963, 213).

⁴⁹ Estas formas de represión, es decir *coercitio* de los magistrados y proceso comicial, dejan entrever dudosamente su carácter público, mientras que la represión de delitos considerados lesivos a los intereses privados y que comportan la obligación de pagar una pena pecuniaria, se producen mediante la forma privada de las *legis actiones*, con sus dos fases ante el magistrado y otra ante un privado *iudex unus* que ejerce el órgano judicial, si bien no debe excluirse que, otros actos ilícitos, más directamente agresivos a los intereses privados, pero cuya represión por su gravedad presenta un interés colectivo concurrente, se sancionasen mediante formas intermedias del proceso, de carácter mixto, no exclusivamente público ni privado, ante un órgano colegiado dirigido por magistrados.

No es dudoso, ciertamente, que en caso de necesidad el magistrado interviniese; pero su intervención no era un elemento indispensable del antiguo procedimiento, que descansa, evidentemente, en el supuesto tácito de que la resistencia contra una defensa privada justa no es de prever, y que basta con la fuerza del interesado.

Con la finalidad de ser didácticos, sin que se desvirtúe la esencia de los *institutos romanos*, se divide hoy la idea de la justicia privada, en su sentido más amplio, en tres puntos secundarios: el de la *defensa privada* (defensa contra las lesiones inminentes), el de la *venganza* (desquite de un mal que nos ha sido causado) y de la *justicia privada* en el sentido estricto (apropiación de la cosa, a la cual creemos tener derecho), que es la que en definitiva nos interesa para el desarrollo de este tema.

Se comprenderá hasta que la distinción entre la justicia privada y la venganza, que hemos tomado antes de nuestra ciencia actual, no se adapte al derecho antiguo. Cuando la práctica no ha consagrado aún la diferencia entre las nociones de la injusticia puramente objetiva (de la injusticia “desprovista de prevención”)⁵⁰, y las de la injusticia subjetiva; cuando la reparación de la injusticia encuentra siempre una pena como última solución, no se puede aspirar a una distinción rigurosa establecida entre la justicia privada, la venganza y la defensa privada. Las tres se colocan bajo la idea general de una reacción violenta contra la injusticia causada de acuerdo con la noción de *vindicta*.

4.- La justicia aquiescente en la ciudad. El Procedimiento, beneficio de la *civitas*

Es de advertir, que de los beneficios de la ciudad, la mayor parte permanecen extraños a este estudio. Dentro de sus límites, los del derecho privado, la ventaja inmediata es, más que una legislación a la cual suple la costumbre, la institución de un procedimiento judicial⁵¹. Gracias a él, los desórdenes de la justicia privada

⁵⁰ En el lenguaje de Hegel, quien haciendo uso de su lógica dialéctica, reivindicó *vox populi* que en el ordenamiento jurídico se plasma la voluntad general de las personas, que no puede ser desconocida por la voluntad individual del infractor. De manera que cuando esta persona delinque o infringe el ordenamiento jurídico, cuestiona la vigencia del mismo y pone en duda la voluntad general de las personas. Este conflicto de intereses es resuelto con la imposición y la exigencia de la pena que, como reivindicación del orden jurídico, niega el delito: la pena niega la negación del orden jurídico. El fin de la pena sería el restablecimiento del orden jurídico (1993, 56).

⁵¹ El procedimiento romano más antiguo es conocido con el nombre de *legis actiones*, no porque las leyes, que lo complementaron más tarde, lo hubiesen creado, pues en sus rasgos principales era consuetudinario y más antiguo que la misma ciudad. Del cual hablaremos *in extenso* en el Capítulo II.

perpetua quedan suprimidos. El procedimiento aporta el orden y la claridad a la administración de justicia. Su técnica es una lógica rigurosa manifestada en actos, una especie de movimientos definidos por el análisis, que hay que realizar para descubrir la verdad jurídica y hacer triunfar el derecho⁵². Sus normas son hasta tal punto necesarias que han precedido, en el tiempo, a toda actividad legislativa. En las sociedades nuevamente constituidas, el procedimiento forense nació de la colaboración entre los litigantes y las primeras autoridades judiciales.

Desde un principio, la ciudad romana adoptó algunas prácticas pues puso en marcha un pequeño número de *leges regias* que, en conjunto, eran comunes a los pueblos de la Italia central. Unas no requerían ninguna organización judicial; otras, retocadas y sometidas a una técnica, debida sin duda al colegio pontifical⁵³, evocaban una justicia del Estado. De ordinario, el Estado ofrece primeramente la villa del derecho y, después, termina por imponerla. En Roma, al decir de Declareuil,

“...el rey fue de inmediato el juez supremo, y en ninguna parte se ve que su justicia fuese supletoria ni que estuviese limitada por ninguna iniciativa individual. Tan sólo en el desarrollo interno de los procedimientos se conservó el recuerdo de las actuaciones de la justicia privada, que, salvo excepciones en provecho de la defensa individual, fue suprimida. Conmemorando por medio de actos simbólicos los incidentes de la guerra privada, es el procedimiento encaminado a los litigantes, bajo la vigilancia del Estado, hacia una solución menos fortuita. Habiéndose adaptado, mediante el uso, a la vida de la *civitas*, adquirió después los caracteres diferenciales que hicieron de él el procedimiento romano y no otro” (1958, 44).

Pasando sucesivamente de las formas rígidas primitivas a un sistema más flexible sugerido por las simplificaciones necesarias de la práctica, pues, a otro que correspondía aún mejor a la acción gubernativa y administrativa, el cual, utilizando paralelamente con los anteriores para litigios en un principio raros y después más

⁵² De cuanto se viene diciendo, resulta que el juez, *para hacer triunfar el derecho*, -nos muestra Nieto- no sólo emplea su arbitrio en el momento de dictar *sentencia* sino a todo lo largo del proceso que, en rigor no es más que una cadena de actos arbitrados, ya que este carácter tienen los más importantes. De esta manera se comprueba la enorme extensión de su ámbito, que no se desarrolla en un sólo plano (las decisiones, prácticamente todas, aunque puede haber excepciones) sino en profundidad, es decir, en todos los actos preparatorios de ellas (2000, 235).

⁵³ *Collegium Pontificum* una institución de la antigua Roma que estaba compuesta por los sacerdotes de más alto rango de la religión estatal. Se presume que los primeros juristas pertenecieran a este colegio sacerdotal. En este contexto, los pontífices son los únicos que fijan y conocen el calendario judicial (días *fasti*-hábiles- y *nefasti* -inhábiles-), además son los depositarios de los formularios procesales, llamados *legis actiones*, y que además asuman para sí la función de darle una aplicación práctica al Derecho en la *civitas*, ciencia de la que son únicos conocedores.

frecuente, invadió todo el campo del procedimiento en ciertas provincias desde el principio de nuestra era, y en el conjunto del imperio, en el transcurso de los siglos.

4.1- La organización judicial y la distinción entre “*ius*” y “*iudicium legitimum*”

La misión de presidir la acción de la ley y de pronunciar el derecho, es decir, la jurisdicción civil, pertenecía primitivamente sólo al rey; después, a los cónsules, quienes adquirieron la *iurisdictio civilis*. En el año 388 a. C. fue puesta en manos de un nuevo magistrado, el *praetor*⁵⁴, que al principio debía ser patricio, lo cual era un medio para el *populus romanus* de conservar durante algún tiempo lo más posible de la justicia, pues esa magistratura se abrió a su vez para la plebe. En el año 512 a. C. fue dividida; al lado del *praetor urbanus*, competente entre ciudadanos, un *praetor peregrinus* que al principio lo fue entre extranjeros y después, entre extranjeros y ciudadanos. También hay que tener en cuenta, en fecha incierta, la jurisdicción, restringida a algunas materias civiles, de los ediles curules. El *praetor urbanus* tuvo desde muy pronto delegados en Italia, los *praefecti iure dicundo*⁵⁵, que desaparecieron después de la extensión del derecho de ciudadanía a los súbditos del Imperio⁵⁶.

En las provincias, gobernadores y cuestores desempeñaron las funciones de pretores y de ediles: los gobernadores pudieron tener legados para celebrar en lo civil las audiencias judiciales. Al principio, se habían desarrollado los procedimientos, hasta su solución, ante el rey; pero, desde una época antigua, la acción de la ley, cuando tendía al reconocimiento de un derecho, se escindió en procedimiento *in iure*

⁵⁴ Es el más antiguo de los magistrados republicanos. *Praetor, prae-itor*, deriva de *praeire* y significa el que va al frente. Pero luego, como dice Eugenio (1981) la pretura acabó siendo una magistratura jurisdiccional. Tenía atribuciones en orden a la represión penal y en orden a la jurisdicción civil, en el sentido que era el magistrado encargado de encauzar el proceso, de presidir su fase *in iure* o ante el pretor.

⁵⁵ En la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, de la legislación municipal flavia, en la que se establecen funciones y atribuciones del *praefectus*: “*De iure praefecti qui a lluiro relictus sit. Ex lluiris qui in eo municipio iure dicundo praerunt, uter postea ex eo municipio proficisceretur neque eo die in it municipium esse se redditurum arbitrabitur...*”. (Caballos-Rufino, 2006, 186).

⁵⁶ La *Constitutio Antoniniana* del año 212 d. C. del emperador Caracalla, como una pilastra del Derecho imperial, que otorgaba la ciudadanía romana a todos los hombres libres del imperio-con excepción de los *deditici*-. Caracalla, en su disposición imperial, reflejó una visión de conjunto más compleja, unitaria y globalizadora que es explicada por una fijación un tanto enfermiza, la *imitatio/aemulatio Alexandri*, que imprimió siempre sus actos. En el fondo, Caracalla tuvo como modelo político, militar e imperial, la imagen del insigne conquistador macedónico Alejandro Magnus.

y procedimiento *in iudicio*⁵⁷. El magistrado se conformó con organizar la instancia y remitió a las partes ante un juez encargado de dirimir el debate. Se atribuye esto a una reacción contra la autoridad absoluta de los reyes y al restablecimiento parcial del derecho primitivo de tener por juez a quien los litigantes desearan. Es el juez, siempre único al principio, siguió siéndolo después de las XII Tablas para todos los litigios, *lites*, que “admitían ser solucionados por una afirmación o una negación, mientras que los juicios, *iurgia*, que tendían a la comprobación o al establecimiento de una situación de hecho, lo cual exigía un poder de decisión más elástico, fueron resueltos por uno o varios árbitros” (Declareuil, 1958, 46). *Recuperatores* en número variable se habían instituido para juzgar los pleitos entre peregrinos o entre ciudadanos y peregrinos. También existieron tribunales permanentes: *decemviri stlitibus iudicandis*, *centemviri*, conocidos sólo desde el siglo VII de Roma.

Los jueces eran escogidos, a falta de elección previa por las partes, de una lista de senadores, según la cual el demandante hacía propuestas sucesivas hasta que un nombre fuese admitido por el demandado: el hecho de que éste no admitiera a ninguno lo constituía *indefensus*. Este sistema se sustituyó más tarde por el de sorteo, con derecho a cierto número de recusaciones. Los *recuperatores* también se sorteaban de acuerdo con una lista cuyo procedimiento de formación se ignora.

Este procedimiento escindido llevaba el nombre de *ordo iudiciorum privatorum*. Por él, el procedimiento se oponía a los *iudicia publica* propiamente dichos, y también a todas las instancias, cualquiera que fuese su fondo, en la que el magistrado conservaba ante sí todo el debate, y que se llamaban *iudicia extraordinaria*, *cognitiones extraordinariae*⁵⁸.

4.2.- La precedencia *prima facie* del proceso civil romano en la protección de los derechos⁵⁹

⁵⁷ Si en el procedimiento *in iure* encontramos la lucha por la fórmula, que lo alegado y probado fuera admitido por el *iudex*, en el *apud iudicem* hallamos la lucha por la sentencia y la parte medular de esta lucha era la tentativa, por ambas partes, de comprobar los hechos en que se quedaría su *actio*, *exceptio*, *replicatio*, etc. que perseguía lograr resarcir el derecho vulnerado por vía ejecutiva de la sentencia favorable o confesión del demandado o débil jurídico.

⁵⁸ *In extenso* Capítulo II.

⁵⁹ Las primeras exposiciones de conjunto del Derecho procesal civil romano aparecidas en el siglo XIX son Bethmann-Hollweg: I (*Legis actiones*), 1864; II (*Formulae*), 1865; III (*Cognitiones*), 1866, Bonn. Keller: *Del proceso civil romano y las acciones*. 1883. Nuevos puntos de vista fueron aportados por investigadores posteriores, entre los que descuella Wlassak, a cuyos principales trabajos haremos referencia en el curso de esta investigación. Contra algunas concepciones de Wlassak –

Habitualmente, cada persona ejercita sus derechos subjetivos privados en el medio pacífico de la convivencia social, recibiendo de las demás la colaboración necesaria, manifestada, según los casos, en forma activa de prestación, o al menos en la pasiva de respeto y abstención. Pero las normas jurídicas se dirigen a voluntades libres, las cuales, a veces, se niegan a cumplirlas, lesionando con ello derechos de otros. Aún sin intervención perversa de dañar, los ataques al derecho ajeno pueden provenir también de que no siempre la pertenencia de un derecho o la línea límite entre dos facultades jurídicas en contacto son apreciadas de modo unánime. De ahí la necesidad de un servicio de protección de los derechos subjetivos de los hombres constituido en sociedad y en interrelación directa con los demás.

La forma más rudimentaria de amparo jurídico es, naturalmente, la autoayuda, es decir la ejercida por el que es -o al menos se cree- titular del derecho discutido, valiéndose de su propia fuerza física, sola o aumentada por la de los individuos de su grupo familiar. Históricamente la modalidad más antigua de defensa de los derechos. En este sentido, es imperioso resonar lo expresado por determinados iusprivatistas, como Árias-Ramos, para quien el

“mantenimiento del orden, la consideración de que nadie es buen juez de su propio derecho y el deseo de remediar el desamparo de los derechos de los débiles frente a los fuertes, hacen que, en cuanto se esboza una organización estatal, sea poco a poco sustituida la autoprotección por la protección ejercida por los poderes públicos” (1988, 158).

En la más retrasada de las pocas en las cuales las fuentes de que disponemos nos permiten estudiar el Derecho romano, éste ha sobrepasado ya el rudimentario período de la protección de los derechos por la fuerza bruta de los particulares⁶⁰. Sin embargo, la fase más remota del antiguo *ius civile* todavía ofrece evidentes vestigios

especialmente las referentes a la *formula*, el *iussum iudicandi* y la *litis contestatio*- opuso interesantes argumentos Carrelli: *La genesi del procedimento formulare*, Milán, 1946; y así también respecto de otros aspectos, como el sentido originario de la alternativa *iudex arbiterve*, el preconcepto metodológico de entender la marcha del proceso civil romano como una evolución rectilínea partiendo de la idea del aludo puramente privado de un árbitro, Brogini: *Iudex arbiterve*, Colonia-Graz, 1957. Obras de conjunto modernas de Derecho procesal romano son Wenger: *Instituciones del derecho procesal civil romano*, Munich, 1925; Costa: *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918; Bertolini: *Appunti didattici di Diritto romano. Il processo civile*, Turín 1913. Arangio-Ruiz, Scialoja, Pugliese, Luzzatto, Kaser, Behrends y Palazzolo, entre otros, con célebres estudios.

⁶⁰ No existe un derecho organizado en el derecho primitivo debido a que el hombre relaciona los actos con fuerzas misteriosas y extraterrenas, aparece el concepto supersticioso del castigo divino, la realización de actos rituales y misteriosos asociados a lo deseado (Arangio-Ruiz, 1963).

de aquel período. Además, la formulación legislativa de la prohibición de utilizar la propia fuerza para la defensa de los derechos privados, así como la fijación de sanciones para los infractores de la prohibición, se hace ya bastante avanzada en la historia del Derecho romano. En los comienzos del principado, agrega Chibly,

“una *lex Iulia de vi* castiga con la privación de su derecho de crédito al acreedor que directamente ejercita actos de fuerza sobre la persona del deudor para compelerle al pago. Una disposición de Marco Aurelio (*Decretum divi Marci*) comprendió bajo el concepto de *vis*, con todas sus consecuencias, no sólo los actos coercitivos directos sobre la persona, sino los de apropiación de cosas del deudor llevados a cabo por el acreedor sin intervención del magistrado. La jurisprudencia fue ampliando el concepto de *vis privata*, incluyendo otros actos del acreedor, como los de impedimento de sepelio del deudor para coaccionar a los herederos. Disposiciones de Diocleciano y Maximiano y de Valentiniano, Teodosio y Arcadio aplican análogo principio en materia de derechos reales” (1978, 233).

Es evidente que con ello, el Derecho romano no pudo eliminar totalmente el empleo de la fuerza individual para amparar los derechos, como no lo ha eliminado tampoco en absoluto ningún ordenamiento jurídico moderno, por más de los esfuerzos esgrimidos. Entonces, como ahora, se reconocía la legítima defensa contra los ataques injustos –*verbi gratia* contra el ladrón que quiere arrebatarnos nuestra propiedad y se exigía ya esa proporcionalidad entre la defensa y el ataque que requieren las legislaciones modernas.

Salvo los casos excepcionales apuntados, nos dice Árias-Ramos, “la protección jurídica es función del Estado. La serie de trámites y formalidades que encauzan esta tarea estatal es lo que llamamos hoy «procedimiento»” (1988, 163). En Roma, la actividad desplegada por los órganos públicos en cumplimiento de esa misión tutelar constituye la *iurisdictio*. Y la facultad que reemplaza a la de emplear la fuerza individual es la *actio*. En este sentido, la acción se presenta como un medio o poder de petición de amparo que dirige el particular hacia el Estado. Por tanto, como una facultad de Derecho público.

Desde esta óptica y considerando la vigencia del instituto jurídico, la palabra *actio* está tomada unas veces en sentido formal, como el acto procesal de demandar ante el magistrado; otras, en sentido material, equivalente a lo que en la técnica moderna se llama pretensión, como el derecho a reclamar algo –*ius perseguendi quod sibi debetur*–, la facultad de poder lograr de alguien una prestación activa o una

abstención. En cuanto al primer sentido, el formal, para la más exacta comprensión del derecho procesal romano y de los textos de los jurisconsultos clásicos, conviene situarse en la concepción romana de la acción y de su conexión con el derecho subjetivo sustantivo, concepción que no coincide exactamente con nuestro actual punto de vista. Hoy, Rengel-Romberg, concuerda con indicarnos, que “la posibilidad judicial de una demanda o derecho a entablar una *litis* aparece como algo ligado de modo natural al derecho efectivo, casi como una consecuencia inmanente del mismo” (1995, 189). La acción es más bien una figura o concepto abstracto, medio general de hacer valer únicamente una pretensión, el cual presentaba variedad de aspectos, según el derecho sustantivo para el que se utilice.

Es incuestionable, que la manera de enfocar las cosas por los romanos era distinta. Desde esta visión, el que tenía un derecho en estado de pretensión, no tenía sólo por ello y con ello la facultad de hacerlo valer en forma de demanda judicial. El derecho a liquidar no era simplemente la consecuencia natural de una pretensión, sino que tal posibilidad únicamente existía cuando, *respecto de aquel supuesto derecho subjetivo, hubiera concedida una acción*. El proceso, como cauce de la protección jurídica estatal, no surgía como secuela ineludiblemente adosada a todo interés jurídico. Carece el ordenamiento jurídico romano de una concepción abstracta y general de la protección jurídica procesal; cada interés o derecho subjetivo únicamente hallará amparo judicial en tanto se le haya creado y señalado para ello una *actio*. Paralela, pero separadamente al sistema de los derechos e intereses dignos de protección, corre una larga lista o sistema de acciones distintas, que son los instrumentos o herramientas concretamente utilizadas para que aquellos puedan hacerse valer. Cada *actio* es una figura autónoma, con su especial zona de empleo, exigiendo cada una de determinados supuestos jurídico-privados, concedida cada una para la protección judicial de un tipo de pretensión. Cualquier *actio* se presenta así con su individualidad concreta, con su nombre especial e incluso dentro de una categorización *sui generis*.

Haciendo prosa de Couture, no es despreciable la oportunidad para indicar, como quiera que únicamente en tanto en cuanto el ordenamiento jurídico otorga este medio es posible hacer valer judicialmente una pretensión (1949), de ahí la característica

postura mental del jurisconsulto romano⁶¹, el cual, frente a un derecho subjetivo en estado de pretensión, se pregunta e indaga si se dispone o no de una *actio* para aquel caso y cuál sea ésta. Los poderes conceden desde tales medios, y que sucesivamente se encargaron además de ir alargando la lista de acciones, eran: primero, la ley, sus antiguos o fuentes asimiladas a la ley (*actiones legibus proditae*), y segundo, los magistrados a quienes su *iurisdictio* daba esta facultad, y que prometían en su *album* (*iudicium dabo*), tales resortes (*actiones honorariae, praetoriae, aediliciae*), ampliándose de esta manera el espectro de actuación del *iudex* y del *arbiter*, en un concierto de ideas jurídicas.

5.- *Inceptum* de una fundamentación científica del Derecho Procesal Civil

Con gran objetividad y en *lato sensu*, se entiende por *ciencia* el conocimiento de contenido cierto y de validez universal. En la medida en que el derecho procesal civil ha logrado un conocimiento cierto de su objeto y la validez universal de su conocimiento⁶², puede decirse que ha llegado a constituirse en ciencia. En la frontera de las ciencias se encuentra la técnica.

La *ciencia* –dice Carnelutti– “es la búsqueda de las reglas; la técnica, la aplicación de éstas. La primera pertenece al campo del conocimiento, la segunda al campo de la acción” (Citado por Rengel-Romberg, 1995, 89). Si en algún campo se corre mayor riesgo de quedarse en la técnica, sin llegar a la ciencia, es en el del *proceso civil*, en el cual lo que más llama la atención es su marcha o adelanto gradual mediante la serie de actos que realizan en él los sujetos que intervienen, estando de esta manera impregnado de un gran pragmatismo.

La dilación y tardanza inveteradas a que estuvo sometida esta materia durante tantos siglos, desde la desaparición del Derecho romano con la muerte del emperador *Iustiniani*, fue debido principalmente a que su estudio no pasó más allá de la técnica y se resolvía en la simple consideración de la aplicación de las reglas procesales a la actividad judicial. No cabe duda de que cuando el procesalista considera y estudia la

⁶¹ Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino -el llamado "*tribunal de los muertos*", los pocos cuyas obras eran asequibles y conocidas por los jueces. Año 426 d.C., una Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, que reducía el número de juristas cuyas obras podían alegarse ante los tribunales

⁶² Algo cercano a lo que añoraba el gran Emperador de Roma con el *Corpus Iuris Civilis*.

regla que fija el término de *las calendas del mes*, o de cinco días para la apelación de la sentencia en un procedimiento cualquiera, o la regla que fija la forma escrita para presentar la solicitud del nombramiento del *iudex* o del *arbiter*, no hace ciencia, porque su conocimiento, si bien es de contenido cierto, carece de la nota de universalidad, ya que lo mismo pueden darse *las calendas del mes*, los cinco días para apelar que diez o veinte días del mes, y lo mismo puede exigirse la presentación de esta solicitud por escrito o permitirse su promoción de manera oral, e incluso sin formalidad alguna.

En cambio, –insiste Carnelutti– cuando el procesalista investiga la naturaleza de la función jurisdiccional, o la relevancia jurídica de la conducta del juez cuando pronunció un fallo, o cuando el procesalista construye las categorías de sentencias con arreglo a su naturaleza esencial, entonces hace *ciencia procesal*, porque a la certeza de su conocimiento va añadida la universalidad del mismo. El procesalista no puede desentenderse de la técnica para hacer solamente ciencia, ni de la ciencia para hacer solamente técnica.

“El puro teórico en el procedimiento –decía Chiovenda a sus alumnos de la Universidad de Roma– es algo que carece de sentido; pero el puro práctico es una desdicha. Y añadía: la primera causa que hayáis llevado en pretura (ganada o más probablemente perdida), os habrá enseñado en pocos días más procedimiento, entendido en el sentido exterior y técnico, que lo que podría hacer un año entero de Universidad. Pero la práctica no os dirá la importancia jurídica de los actos que habéis llevado a cabo; la práctica en sí será muda para vosotros cuando le preguntéis qué consecuencia tenga vuestra demanda; en qué difiere la presentación en el proceso de la representación en el derecho civil; en qué relación está vuestra actividad con la actividad del juez; qué alcance tiene la sentencia obtenida. Y por eso, no obstante haber luchado durante no pocos años en la práctica, y precisamente después de haber seguido en sus meandros más complicados la *litis*, y comprobado experimentalmente de cuantos vanos errores es causa en la práctica del proceso la falta de principios, os digo: ¡elevemos ante todo al sistema!” (1989, 376).

El Derecho Procesal Civil ha alcanzado ya un grado muy alto del rigor científico y técnico, prueba de su constante y vigorosa evolución, lo constituyen: su emancipación del derecho civil; la construcción de sus propias categorías dogmáticas y el abandono del método exegético por el método histórico sistemático. En relación

al *primer rasgo característico* de esta evolución, se puede decir que la concepción del proceso como relación jurídica autónoma y pública, que superó a la concepción civilista de tradición romanista, que lo consideraba como un contrato como un cuasicontrato, reafirmó definitivamente la autonomía de esta nueva rama de la ciencia jurídica.

En cuanto al *segundo aspecto característico* de este rigor científico y técnico nos lo evidencian los alemanes del siglo XIX y comienzos del siglo XX⁶³ en el que se construyeron los grandes constructos jurídicos para el derecho procesal. Los italianos aprendieron de los alemanes a construir el concepto, a crear las categorías o instrumentos propios para la edificación de la nueva ciencia procesal. Pero esta nueva ciencia dogmática del Derecho Procesal Civil requería un nuevo método de investigación, diferente de la vieja exégesis, casuista y limitada, y se inició el método histórico-sistemático en la investigación científica procesal. La dogmática, desvinculada de la historia, es anticientífica, en verdad, el sentido y la razón de las instituciones jurídicas no puede alcanzarse con la mera exégesis de los textos y reglas de procedimiento. El estudio sistemático, nos apunta Rengel-Romberg, no debe entenderse como un conjunto de abstracciones alejadas de la realidad sino con la construcción del organismo de la ley y el cumplimiento de la obra del legislador (1995).

Es de gran interés subrayar, sin temor a equívocos, que la fundamentación científica del Derecho Procesal Civil ha sido objeto de un nuevo replanteo por la filosofía jurídica de nuestro tiempo, especialmente en su extensión egológica desarrollada por Carlos Cossío⁶⁴ en Argentina, y se ha suscitado la cuestión de la cientificidad dogmática del Derecho Procesal como una derivación de la problemática más

⁶³ Pueden considerarse en esta época como los grandes representantes de la ciencia procesal a Bernhard Windscheid, Goldschmidt, Wach y Oskar von Bulow, en Alemania quienes se ocupan de observar los fenómenos internos del proceso, dando a lugar a partir de 1868, en opinión de algunos, al llamado *procesalismo científico* y a Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei y Betti en Italia.

⁶⁴ Aprendemos de Delgado-Ocando, que la exposición del sistema filosófico-jurídico de Cossio puede hacerse a través de tres obras fundamentales: “La Teoría Egológica del Derecho”, “La plenitud del orden jurídico” y “Teoría de la verdad jurídica”. En la que explana sus concepciones filosóficas enmarcadas dentro de la Teoría Pura del Derecho, la Fenomenología del Derecho, la Filosofía de la existencia y el Historicismo de Dilthey, que constituyen el sustrato filosófico de su sistema. Es necesario advertir, para conocer más a este filósofo de Tucumán, Argentina, que la Teoría Egológica entiende la *Filosofía del Derecho* como *Filosofía de la Ciencia del Derecho*. Esto significa que su esfuerzo tiende a la directa utilización de la filosofía por el jurista “en cuanto que revisa –como dice su propio autor– los presupuestos con que el ...jurista trabaja”. Como puede observarse, el positivismo de Cossio es manifiesto. Es la ciencia Dogmática misma la que suministra los temas de esta Filosofía del Derecho (1957, 144).

general de la cientificidad del Derecho. Por ello, el objeto de la Ciencia Jurídica debe situarse, en la conducta humana, y el objeto de la ciencia jurídica procesal en las conductas que intervienen en el proceso civil. La norma no es más que una categoría lógica, de la cual se tiene que servir forzosamente procesalista para conocer jurídicamente las conductas que intervienen en el proceso⁶⁵. En otras palabras, la norma es sólo un medio de conocimiento de las conductas.

Esto contradice a la tradición jurídica que sostiene el objeto de la ciencia jurídica se sitúa en el estudio de las normas, porque se identifican derecho y norma. Pero esta verdad –sostiene la nueva filosofía– Nos muestra su tragedia cuando se pretende hacer del derecho una ciencia, cuando se aspira a dar cientificidad al conocimiento jurídico, porque la conceptualización del derecho común normada no psicológicamente hace imposible la ciencia jurídica, salvo que ésta se resuelva pura lógica.

6.- La *communis opinio* en cuanto al grado de veracidad de la historia procesal romana

La ojeada que hemos dado al desarrollo de la historiografía jurídico-romana nos lleva a las mismas conclusiones pesimistas sobre el grado de veracidad de las noticias referentes al período primitivo. La escritura fue introducida en Roma después del comienzo de su historia (tal vez en el siglo VI), los anales de los pontífices no vieron la luz antes de mediados del siglo V, en consecuencia hasta esos tiempos existía solamente la tradición oral que por lo general es poco digna de crédito. La guerra gálica del 390 a. C. destruyó luego una parte notable de la documentación escrita en las *leges regias*. La tradición corriente (Tito Livio, Dionisio de Alicarnaso, Plutarco, Festus) llegó a nosotros, en el mejor de los casos de tercera mano, a través de los antiguos analistas y de los posteriores, aún con menos certeza.

A esto hay que agregar lo incompleto del calendario romano y las inexactitudes en la cuenta de los años. En los comienzos, en Roma los años eran considerados de 10

⁶⁵ Quien quiera profundizar en el análisis de la *Teoría Ecológica del Derecho*, aplicada al Derecho Procesal, véase el texto de Ibañez de Aldecoa, Alfonso (1954). *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ed. Arayú.

meses y el mes se componía de 28 ó 29 días⁶⁶. Luego (según la tradición, por obra de Numa Pompilio) se introdujo el año de 12 meses, pero el mes era siempre el lunar. Los pontífices tuvieron la ardua tarea de nivelar el año lunar con el solar, pero nunca encontraron una solución satisfactoria. Sólo la reforma del calendario promovida por Julio César en el año 45 a. C.⁶⁷ puso término a este caos por ello, una cuenta precisa del tiempo antes de la reforma Juliana, no fue nunca posible.

Además se agregó la complicación de la era. Nos refiere Kovaliov, que

“...el recuento de los años se inicia desde la fundación de Roma. ¿Pero cuándo fue fundada Roma?. El historiador griego Timeo de Tauromenio (siglo IV a. C.) según lo que nos transmite Dionisio señaló la fundación de Roma y de Cartago alrededor del 38 año anterior a la primera olimpiada, es decir en el año 814 a. C.; Fabio Píctor en el primer año de la octava olimpiada (748); Cincio Alimento en el cuarto año de la 12ª Olimpiada (729). Cartón opinaba que Roma había sido fundada 432 años después de la guerra de Troya, es decir, en el primer año de la séptima olimpiada (751/750). Esta misma fecha encontramos también en Diodoro y Cicerón. Finalmente Varrón estableció el tercer año de la sexta olimpiada y esta fecha fue la aceptada oficialmente en Roma. La era de Varrón pasó a la historiografía moderna naturalmente no como fecha precisa de la fundación de Roma, que no es posible establecer, sino como punto de partida convencional para el recuento de los años” (1964,28).

Todo cuanto hemos expuesto hace extraordinariamente difícil establecer los hechos reales de la historia primitiva de Roma. La tradición nos proporciona una masa de material claramente mítico y legendario. Recordemos la Leyenda de la fundación de la ciudad de Roma, enormemente embellecida por Tito Livio, la loba amamantando los gemelos Rómulo y Remo a las orillas del río Tiber; tal es la historia de Rómulo, hijo de Marte, fundador de Roma y primer rey, devuelto vivo al cielo durante un temporal. Tal es el mito de Numa Pompilio, segundo rey, fundador del culto romano, esposo de la Ninfa Nigéria. Tales son los detalles nada dignos de crédito de las llamadas “reformas de Servio Tulio” como la definición del censo con el cálculo de los

⁶⁶ Para mayor abundamiento ver Niebuhr Barthold Georg, en Historia de Roma (*Römische Geschichte*) que amplía con rigurosa exactitud el *tempus romanus*.

⁶⁷ Dice la historia, que en el año 44 a. C., por iniciativa de Marco Antonio, y para halagar la vanidad de Julio César, el mes de *Quintil* —el cual duraba antes 30 días—, fue renombrado *Júlium* —de donde se desprende la forma castellana julio. Y en el año 23 a. C., por iniciativa del Senado Romano, y para halagar la vanidad de Octavio Augusto, el mes de *Sextil* —el cual duraba antes 30 días—, fue renombrado *Augústum* —de donde se desprende la forma castellana agosto—, y se agregó a éste un día 31, el cual fue abstraído de febrero —el cual duraba entonces 29 días, y desde entonces se quedó con sólo 28—.

“ases”, etc. El mito y la leyenda están tan fuertemente ligados con los hechos reales que los deforman hasta el punto de esconder el núcleo de la verdad histórica.

La tradición escrita heredó mucho de las leyendas transmitidas oralmente y además agregó mucho de invenciones posteriores. La llamada “etiología” tuvo gran influencia sobre las invenciones históricas. Cuando el ingenuo pensamiento de los antiguos trata de esclarecer el origen de varios usos y costumbres, de los ritos, etc., recurriría a la leyenda etiológica, por la cual su origen desconocido se atribuiría a una persona determinada (la más de las veces inventada) o se ligaba a algún suceso legendario. Así por ejemplo, la fundación de Roma fue atribuida a Rómulo por eponimia; los usos nupciales de los romanos en los cuales sobrevivían huellas del antiguo rapto de la novia, generaron la leyenda del rapto de las Sabinas, etc. el principio de la etiología se afirmó también en la ciencia. Hoy se lo ha abandonado, aunque no se puede negar que en algunos casos las explicaciones etiológicas puedan dar buenos resultados. Sobre la alteración de la verdad histórica tuvieron influencia también las tendencias retóricas de los analistas posteriores, las causas políticas (como la tendencia a glorificar la estirpe Juliana, influencias griegas, etc.).

Por todas estas razones es natural que entre los historiógrafos se haya creado un cierto escepticismo respecto a la posibilidad de establecer la verdadera historia del primer período de Roma. Sin embargo, este escepticismo desmesurado fue abandonado también. La historiografía moderna reconoce que una buena crítica de la tradición literaria, unida al estudio de la fuente principal, da al menos la posibilidad, ya que no dé entrar en detalle, debe establecer las líneas generales de aquel período de la historia romana. Actualmente se observa, por el contrario, una tendencia completamente opuesta, es decir una fe exagerada en la tradición clásica. De esto pecan los capítulos del desarrollo de este trabajo.

7.- Apertura del camino a la participación del *arbiter* en el proceso civil

Como dijo el Estagirita “*Principio invento, facile est augere reliquum*”, que en buen romance traducimos: “Hallado el principio de una cosa, es fácil proseguirla”, lo que no deroga el vigor del otro pensamiento del romano Marco Terensio Varrón “*Porta*

itineri largissima”, vale decir, que el paso más largo es aquel de la salida. Ya iniciada esta labor investigativa, y ante el arrollador tema del *Iudicium Legitimum* Romano, dirijamos ahora una rápida mirada retrospectiva sobre el camino que hemos recorrido en este Capítulo I. Habiendo partido del punto ínfimo en que el derecho y la fuerza se confunden con la conquista de los despojos del enemigo, hemos llegado, pasando por la justicia privada, al punto en que la fuerza se hace ineficaz a causa de la contestabilidad del derecho y donde la decisión consensual de los litigios suministra los primeros gérmenes de organización de las funciones judiciales. Una sola y constante idea ha dominado siempre a este estudio: que la fuerza personal es la madre y, por consiguiente, la protectora legítima del derecho. Esta fuerza no es la violencia física y brutal; el sentimiento de su legitimidad la eleva al orden de fuerza moral: es una energía activa al servicio de la idea jurídica; más aún, es el principio del mismo derecho privado en su frescura y vigor originarios.

Esta idea de la justificación de la fuerza personal, creando y protegiendo por sí su campo de acción, es el extremo mínimo en que puede comenzar la formación del derecho. Debe y puede, por tanto ser colocada en el comienzo de nuestro estudio. De este débil germen surgió también el derecho en otros pueblos; pero no donde quiera podemos, como entre los romanos, distinguir el germen originario en la flor y en el fruto. Muchos pueblos, impotente para conciliar de una manera durable esta idea con el desarrollo siempre creciente del principio del Estado, hubieron de abandonarla y abdicaron con desaliento el afán de la independencia jurídica individual ante el Estado, al cual hicieron creador del derecho subjetivo. Pero esta idea tiene raíces muy profundas para poder jamás desaparecer en la concepción jurídica de los romanos, gracias a su naturaleza indestructible y a su viril sentimiento individual. El instinto jurídico de los romanos supo modelarla con tal precisión, que pudo conciliarla con el más alto progreso del Estado en materia jurídica.

Este terreno está abonado para la presencia activa del *iudex* y fundamentalmente del *arbiter* en la solución del conflicto como tema central de la sociedad romana, al demostrar su presencia y efectividad en la resolución de disputas en el orden



jurídico, en el caso del arbitraje por medio de un tercero imparcial llamado árbitro, cuyo laudo tiene el carácter de cosa juzgada⁶⁸.

⁶⁸ De esta opinión **María Petzold-Rodríguez**, “*Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”, en Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política/Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. José M. Delgado Ocando. Maracaibo: Ediciones Astro Data, 11,2 (Mayo-Agosto. 2004); **Laura García Leal**, “*Diversificación de las formas de Resolución de Conflicto como Política Pública*”, en Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política / Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. José M. Delgado Ocando. Maracaibo: Ediciones Astro Data, 15, 1 (abril, 2008), partiendo del análisis de la teoría del conflicto y de la decisión, para determinar las insuficiencias de la justicia tradicional y la conflictividad social, que se encuentran frente a la imperiosa necesidad de reinterpretar la justicia a la luz de nuevas realidades y que esta interpretación trascienda de una legalidad formal a una justicia material que implique accesibilidad para el ciudadano, transparencia, idoneidad, autonomía, independencia, responsabilidad, equidad y rapidez, tal como lo estatuye el precepto constitucional.

CAPÍTULO II

1.- Antecedentes histórico-mitológicos del Arbitraje

Casi siempre la palabra *iudex* se emplea en sentido general para designar al juez cuál árbitro, pero en sentido propio, ellos se diferencian entre sí: nunca hubo más de un *iudex* para cada asunto; pero en cambio se podían nombrar varios árbitros: los procesos que se reducían a la solución precisa de una cuestión de *stricti iuris* se llevaban delante del *unus iudex*. Por el contrario a los árbitros, se les confiaba los asuntos en los que era necesario apreciar según la *bonae fidei*; para ello era preciso conferirles poderes más extensos: eran los *arbitria*. Estos *iudex* eran elegidos para cada proceso en las listas confeccionadas por el *praetor urbanus*; listas que se exponían en el *Forum romanus*; de ahí viene la calificación de *selecti iudices in albo relati*. (Cicerón, *De leg.*, II, c., 23).

Tomando en cuenta estos exordios, preludios y noticias de la concepción primitiva del derecho y de la forma de dirimir los conflictos entre los particulares, reconocemos por las numerosas referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, que el *arbitraje* cumplió en la antigua Grecia y Roma, como en otras muchas comunidades primitivas, un importante papel, no sólo como complemento de la *iurisdictio* sino, en ocasiones, como alternativa a la *actio iudicia*, por lo que se considera imperioso hacer referencia a algunos mitos historizados y mitos con alusión augustea, como una forma de examinar la apropiación que hace la historia de los mismos e *in continendi* contribuir con la explicación de este constructo jurídico, que acá nos proponemos.

1.1.- En la antigua Grecia, mitos y leyendas de la época

Históricamente, el arbitraje tiene un origen muy arcaico y se le consideró como la forma más vetusta de administrar justicia y de afrontar el conflicto entre las partes en las civilizaciones antiguas. Es así, como los historiadores y narradores nos confirman que existen *relatos griegos* que mencionan que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por *tertio sapiens*⁶⁹ que eran elegidos por los

⁶⁹ τρίτη σοφός, es un centauro inteligente, sabio y de buen carácter, a diferencia de la mayoría de los de su clase. Lo caracteriza su ecuanimidad, recto y probo actuar, generalmente con gran experiencia. El hombre sabio e instruido de la

adversarios en escenarios legendarios. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes (Vargas, 1964).

1.1.1.- Leyenda de *las doce tareas* cumplida por Hércules

El arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del Derecho y de la humanidad, por ejemplo existen relatos de leyendas místicas que relatan que los conflictos entre figuras mitológicas eran zanjadas por intermediarios ilustrados y egregios, pudiendo mencionarse entre otros aquella leyenda de *las doce tareas* que por un lapso de diez años encomendaría el rey de la Argólida Euristeo a Hércules en la que en una de las tareas a desarrollar consistiría en la llamada “*Los Establos del Rey Augias*”, rey de Élide, era el hombre que más ganado poseía en el mundo, los dioses habían hecho a sus rebaños inmunes a todas las enfermedades, y eran increíblemente fértiles. Pero Augias no había limpiado jamás sus establos, que esparcían un olor insoportable por todo el Peloponeso. Además la capa de estiércol sobre la tierra de los valles era tan gruesa que ya no podían labrarse para sembrar grano, Euristeo ordenó a Hércules limpiar aquello en un solo día, sonriendo al imaginar al héroe cargando el estiércol en cestos y llevandoselo sobre sus hombros. Heracles, sin mencionar el mandato de Euristeo, convino con Augias en que, si lograba limpiar todo aquello en un solo día, obtendría a cambio de la décima parte de los rebaños.

Hércules derribó dos de las cuatro paredes de cada establo, tras lo cual desvió de sus cursos los ríos Alfeo y Peneo⁷⁰, consiguiendo que las aguas se llevasen todo el estiércol de los establos, así como el que cubría los valles. Pero Augias, al enterarse

antigua Grecia se suponía que había viajado por Creta, Egipto, Asia y Europa y a quienes la leyenda les atribuye el hecho de haber consultado sus leyes y sapiencia con el oráculo de Delfos.

⁷⁰ En el sur de Grecia encontramos la península del Peloponeso, donde podemos diferenciar cuatro regiones naturales que se corresponden con siete regiones históricas: Arcadia, Argólida y Corintia, Laconia y Mesenia, y Acaya y Élide.

En Élide se encuentra la antigua ciudad de Olimpia. Está surcada por el río *Alfeo*, además de los ríos Erimanto que hace de frontera con Arcadia, el *Peneo* y el *Neda*, en el límite con Mesenia. A diferencia del resto de la costa del Peloponeso aquí encontramos largas playas, con una menor presencia de acantilados. (*Se detalla, brevemente esta región de Grecia, en honor a mi Madre “María Élide Osuna de Gil, una de las hijas de Olimpia Osuna”*).

de que Euristeo ya había ordenado a Hércules limpiar sus establos, se negó a pagar lo acordado. Hércules⁷¹ pidió que el caso se sometiera a arbitraje, el hijo de Augias declaró ante los jueces árbitros que su padre había hecho un trato con Hércules, por lo cual Augias, lleno de cólera, desterró de Élide a su hijo y a Hércules, afirmando que los dioses de los ríos, y no él, habían realizado el trabajo. Euristeo, por su parte, no consideró el trabajo como uno de los diez, ya que Hércules había sido contratado por Augias. Aun y cuando la decisión de los árbitros en esta leyenda mística es manipulada por el Rey Augias el desterrar al Hércules y a su hijo, lo relevante de la historia es que surgió la *figura de un tercero que impuso una decisión*, como una forma de resolver el conflictos e independientemente de su decisión final (Medina-Lima, 1988).

1.1.2.- El juicio de París y la diosa del amor Afrodita

La mitología griega y posteriormente la latina atribuye al juicio de París⁷² la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo. Durante el matrimonio de Peleo y Tetis, futuros padres de Aquiles, *Herís*, la diosa de la discordia, ofendida por no haber sido invitada, arrojó en la mesa del banquete una manzana de oro con la inscripción "para la más bella". Las tres diosas que pretendieron hacerse a ella fueron Hera, Atenea y Afrodita. Zeus, el dios de dioses, estableció que la decisión de la más bella debía ser de competencia del hombre más bello, es decir París, el príncipe de Troya. Hermes fue el encargado de acompañar a las tres diosas frente al joven troyano, en donde cada una de ellas le prometió una recompensa a cambio de la concesión de la manzana de oro. Atenea, gracias al don de la sabiduría, le hubiera otorgado la capacidad de modificar la realidad y la materia

⁷¹ Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez y del árbitro moderno, le da los rasgos de Hércules. Sin poder –lejos de pretenderlo– reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, se designa al juez o árbitro como un semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley.

⁷² G. Gioachino Belli, en *Belli italiano*, nos narra que París era un pastor troyano de los más insignificantes, pero con alto criterio y sabiduría, quien al casarse con Helena, la mujer más hermosa sobre la faz de la tierra, se convertiría en el Rey de Troya.

a su gusto, es decir, manipular las leyes de la física. Hera, a su turno, lo hubiera convertido en el hombre más rico del mundo, al punto que no serían suficientes todos los guardianes para custodiar el oro y los metales preciosos de su propiedad; tan potente que con el mero gesto de su brazo poblaciones enteras se someterían a él y tan glorioso que su nombre resonaría hasta las estrellas. Afrodita, en cambio, hubiera apagado sus deseos pasionales y románticos concediéndole la mujer más bella, Helena. Paris favoreció a la última, desencadenando con ello la ira de las otras dos. La diosa del amor ayudó a Paris a conquistar y a arrebatarse a Helena del lado de su esposo Menelao, rey de Esparta. Lo anterior desató la guerra de Troya, razón por la cual la manzana de oro es conocida también como la *manzana de la discordia*.

Es evidente que Zeus, no obstante su infalibilidad y su legitimación para juzgar, se abstuvo de pronunciar el veredicto sobre quién fuese la diosa más bella, encargando de ello a Paris, en cuanto *experto* en términos de belleza, y seguramente para evitar la cólera y represalia de las dos diosas frustradas por la designación de la tercera.

1.1.3.- El relato de Orfeo y su Ninfa Eurídice

Continúa la mitología griega, ahora con un relato que también deje entrever en sus líneas soluciones pacíficas y dadas y ofrecidas por *tertios sapiens* que por su experiencia y ecuanimidad eran tomados en cuenta para tales fines, es el caso de Orfeo y Eurídice. La Ninfa Eurídice huye del pastor Aristeo que la desea; en su huida, pisa a una serpiente y el reptil hunde su veneno en la pierna de la joven, lo que provoca su muerte, loco de amor y tristeza, Orfeo, su esposo, recurre a quien pueda abrirle la puerta de los infiernos para rescatar a Eurídice y desciende en compañía de su gira mágica. Gracias al hechizo que sus melodías producían, Orfeo pudo adentrarse en el Tártaro. Primero embeleso con su música al barquero Caronte, que consintió en llevarlo a través de los pantanos. Después, sus cantos embrujaron a Cerbero, el perro que cuida la entrada de Hades. Su música tuvo el poder de detener los suplicios de los condenados y, finalmente, Hades y Perséfone, quienes fueron designados como terceros sabios, con alta solvencia moral, para decidir qué hacer con la ninfa Eurídice, si entregarla o no a Orfeo, impresionados, en principio, por el

amor y el arte de Orfeo, consintieron en devolverle a su amada Eurídice. En su *veredictum* o laudo, sólo pusieron una condición, “que Orfeo saliese con Eurídice de los infiernos sin volver la vista atrás, para comprobar que su esposa le seguía, hasta que llegase a la luz del sol” (GCBA, 2007, 22). Orfeo aceptó y comenzó a caminar hacia la salida; con el sonido de su lira guiaba a la Ninfa a través de la oscuridad. Cuando ya estaba cerca de la luz, le asaltó el temor de haber sido burlado por los dioses infernales, e incapaz de resistirse volvió la cara. En el momento en que sus ojos se posaron sobre su esposa, Eurídice desapareció para siempre y Orfeo se vio obligado a regresar al mundo de los vivos sin ella. Se demuestra, una vez más, que la decisión de *estos terceros* era de infalible cumplimiento por las partes.

1.1.4.- El mito de Eco y Narciso resuelto por Teresias

Para mayor abundamiento, se recuerda el mito de Eco y Narciso. La historia de Narciso, entre otros temas, habla de la dificultad y el anhelo con que los humanos buscamos algo estable, una huella de identidad, aún en lo que cambia permanentemente y nos engaña. La madre de Narciso, la Ninfa azul Liríope (“la que tenía forma delirio”) al ver la belleza de su hijo desde su cuna, le comenta a su esposo si su hijo viviría hasta la vejez. Al padre no le interesaba esta circunstancia de vida de su hijo recién nacido y, en consecuencia, se genera un conflicto entre los padres de Narciso, sobre su larga vida. Para dirimir esta desavenencia, deciden que Liríope consulte a Teresias, el ciego, si su hijo tendría larga vida y así consultar la veracidad del adivino. Según nos refiere Stern, la respuesta de Teresias, como *tertio sapiens*, -el mismo que le revela a Edipo su tragedia- fue: “*Narciso vivirá hasta ser muy viejo con tal que nunca se conozca a sí mismo*” (1979, 32). La videncia del ciego Teresias se contrapone con la obsesión del joven por descubrir su imagen. Narciso es hermoso como una flor silvestre, de esas que nacen junto a las fuentes. Precisamente en una de esas fuentes de agua cristalina descubre un día su reflejo. Atraído por la imagen de la belleza que contempla comienza a tomar algo que es una esperanza sin cuerpo; sin cuerpo, porque Narciso piensa que es cuerpo lo que, en realidad, es agua, nada más que una sombra reflejada, pura transparencia. Queda

de esta manera atrapado por estas imágenes esquivas, que comienza a amar desde el primer momento, desde la primera mirada en su ensimismamiento, oye que lo llaman, unas voces resuenan en la espesura del bosque, pero, reconcentrado como se encuentra en su mirar, es incapaz de contestar. Con un obstinado orgullo de su propia belleza, la vida de Narciso transcurrió poblada de admiradores de ambos sexos. Entre sus pretendientes, se encontraba la ninfa Eco, que siempre estaba dispuesta a repetir lo que escuchaba, un día al pasear por el bosque Narciso fue visto por Eco.

1.1.5.- Algunos historiadores griegos

Los historiadores Tucídides y Plutarco⁷³, afirman que los asuntos de poca importancia que surgieran entre las ciudades naciones, se daban con bastante regularidad, al sometimiento del arbitraje de una ciudad neutral, que podía ser Síbaris, ciudad de la Magna Grecia en el Golfo de Tarento, Italia, o bien a Egina.

Finalmente, la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían *al arbitraje* con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes refiere que en Atenas, Solón⁷⁴ expidió leyes reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos (Vargas, 1964).

Otro ejemplo sería el conflicto relativo a la sucesión en el trono de Darío, y de cómo fue resuelto por Artabanes a favor de Jerjes, al igual que la controversia surgida entre Ciro y el rey de Siria en la que Jenofonte sostiene que fue decidida por un príncipe de la India, en la cual existía un *Código de Gentus*, que remitía al arbitraje como propuesta de solución.

⁷³ Plutarco relata que, cuando Arquídamo II, el rey de Esparta, preguntó a Tucídides quién era mejor luchador, si Pericles o él mismo, ya que mantenían conflictos enormes por el poder griego, Tucídides –erigido como un *tertio sapiens*, como un *árbitro amistoso*- respondió sin alterarse que su enemigo, ya que, aunque fuera derrotado, se las arreglaría para convencer al público que había sido él quien venció.

⁷⁴ Legislador griego que puso las bases de la democracia ateniense (Isla de Salamina, h. 640 - h. 558 a. C.). Aunque su figura permanece envuelta en la leyenda, parece que se trataba de un comerciante de origen aristocrático. Los conflictos sociales que agitaron Grecia desde finales del siglo VII a. C. llevaron a investir a Solón -uno de los tres arcontes que gobernaban Atenas- de poderes dictatoriales para recuperar el consenso reformando la Constitución y las leyes de la ciudad (594-93 a. C.). Solón fue honrado en la Antigüedad como uno de los siete sabios de Grecia, atribuyéndosele incluso más reformas de las que realizó. Es cierto que codificó el Derecho ateniense, conservando el sistema penal de Dracón, legislando sobre muchas otras materias y creando un tribunal al que todos podían apelar (la *Heilea*) y recurrir sin dificultad al *arbiter* como medio idóneo de solución de disputas atenienses. Al establecer la igualdad de los ciudadanos ante la Ley hizo posible el posterior desarrollo de la democracia ateniense.

1.2.- En la Roma milenaria, acontecimientos histórico-romanos mitologizados

1.2.1.- Rómulo y Remo. Controversia por el poder

Una vez más, en búsqueda de ese germen del arbitraje en estos relatos míticos o legendarios, nos adentramos en *la lucha entre Rómulo y Remo*, los cuales crecieron, y ya jóvenes resultaron ser tan fuertes, valerosos e impetuosos como su divino padre. Decidieron fundar una ciudad⁷⁵, lo cual trajo como consecuencia inmediata, la lucha por el poder, el conflicto del dominio, la dicotomía de ¿Quién sería el rey de la nueva ciudad?. Escenario que debía ser resuelto por alguien con capacidad, destreza y *sapientia* necesarias para ser ecuánime, ¡nada fácil de resolver, en los albores de la nueva *civitas*!. En aras de solución a este dilema, la leyenda nos refiere, que por consejo de Númerito, su abuelo, esta cuestión la resolviera un *augurio* que se vería manifestado en forma de una bandada de aves de rapiña. Seis de ellas se le aparecieron a Remo, instalado en la colina del Aventino, pero doce a Rómulo radicado encima del Palatino (Cardona, 1996), según la varita del augur, señalándole así —aprobado por mayoría de votos por los dioses de las alturas, por así decirlo— como el indiscutible gobernante de la nueva ciudad. No cabe duda que en esta época el *ius* estaba impregnado del *fas*, por lo que la dirimición de este conflicto fue dada sin sombra de duda a los augures⁷⁶, como representantes del derecho divino, para conocer sus buenos auspicios; dejando ver a todas luces del derecho vestigios del *arbiter* dentro del contexto jurídico romano.

El augur nombró a Rómulo legítimo fundador de la nueva ciudad. Seguidamente este, usando un arado unido a una vaca y a un toro blancos, hizo un surco que marcaría los límites de la muralla de la nueva ciudad. Rómulo quien, en la leyenda,

⁷⁵ En cualquier caso, en el mito finalmente derrocaron a Amulio y devolvieron a su abuelo Númerito a su legítimo lugar como rey de Alba Longa. Y después decidieron fundar un nuevo asentamiento a orillas del Tíber, allí donde el azar los había arrastrado. Este se convirtió en la ciudad de Roma.

⁷⁶ Eran, según se ha mantenido hasta ahora, teólogos romanos encargados de conservar las reglas tradicionales relativas a la observación e interpretación de los signos naturales que constituían los auspicios. La etimología de su nombre debe buscarse en el fenómeno del vuelo de las aves que fue su principal motivo de observación. Como podía decirse de ellos que conducían en cierto modo a las aves, con las voces *avis* y *gerere* debieron componerse *augurium* y *augur*. Todo *auspicium* explicado se convertía en un *augurium*, y un augur era un *aspex* capaz de fundar sus observaciones en reglas tradicionales, se erigieron en *terceros sabios* para dirimir algunos conflictos de carácter público y político de la monarquía romana.

delimitó la franja de tierra que definió los límites de la ciudad enganchando dos bueyes —un toro y una vaca— a un arado y haciendo un surco. Este se denominó *pomerium* y sería la sagrada huella de la muralla de la ciudad. Este, según Varrón, era el rito etrusco para la fundación de una ciudad en el Lacio. El ritual exigía que el surco, o *fossa*, la pequeña trinchera de fortificaciones simbólicas, quedase fuera del caballón de tierra levantado por la reja del arado; este caballón se denominaba *agger* o terraplén (Citado por Girard, 1901). Remo saltó sobre el surco en son de burla porque sentía celos y deseaba destruir la confianza de su hermano. Entonces se desató una violenta pelea. Remo fue el primero en tratar de asesinar a Rómulo, y este, en defensa propia y dominado por el frenesí de su padre, el dios de la guerra, mató a su hermano.

1.2.2.- El ingenioso y ungido Servio Tulio, “el hijo de la esclava”

Sin duda que, al hacer un recuento de los posibles estadios que tuvo el *arbitraje* en la Roma antigua, no podemos olvidar el ingenioso *Servio Tulio* quien aparece, a la luz de los escritores romanos, como un ser predestinado a ser rey, pues los hados⁷⁷ le habían profetizado. Al igual que Rómulo, su vida tiene rasgos extraordinarios, con lo cual se enfatiza para destacar que si bien la elección de su cargo, fue llevada a cabo con el consentimiento popular, ésta se produce empujada por esos signos extraordinarios: verídicos o legendarios. Así, por ejemplo Tito Livio y Ovidio consignan el hecho de que el nacimiento de Servio Tulio estuvo realizado de un acontecimiento extraordinario: una aureola de fuego brilló sobre su cabeza sin extinguirse nunca (Alterio-Loponte, 1979). Lo cual generó una gran controversia entre su madre la esclava Ocesia y Tanaquil sobre el futuro de aquel niño considerado divino; se forjó, en consecuencia, un conflicto sobre su futuro como Rey o no de Roma, conflicto que fue resuelto, como en acontecimientos anteriores por los designios de los dioses romanos de manera que evidencia una vez más la figura del *arbitraje* desde un *origen mitológico*, puesto que las partes dejan la solución del conflicto a la intervención divina.

⁷⁷ El destino (también llamado *fatum*, hado o sino) es el poder sobrenatural inevitable e ineludible que, según se cree, guía la vida humana, la vida de los dioses y la de cualquier ser a un fin no escogido de forma necesaria y fatal.

La madre del pequeño Servio⁷⁸ era, pues, esclava en la casa de Tarquino, más la reina Tanaquil le tornó cariño lo mismo que a su hijo, que educó muy bien, y a quien con consentimiento del rey dio por mujer a su hija mayor cuando fue grande, de modo que Servio se hizo yerno del rey. Servio, después de hacerse con el favor de Tarquinio y Tanaquil, se casó con Tarquinia, la hija del rey, llamada Gegania en algunas fuentes (Plutarco, 10.1).

Cuando Tarquinio fue muerto por dos asesinos a sueldo contratados por los hijos de Anco Marcio, que intentaban heredar el trono que había correspondido a su padre, Tanaquil ordenó retrasar el anuncio del fallecimiento del rey y comunicó al pueblo, asomada a una ventana, que mientras se restablecía, el rey había elegido a Servio Tulio para que gobernara en su nombre. Mientras tanto desterraron a los Marcios y al cabo de unos días, controlada la situación, se hizo el anuncio oficial del fallecimiento del rey, cuyos funerales presidió Servio Tulio en su primer acto oficial (Liv., 1.40). El anuncio de Tanaquil se ha relacionado también con un famoso motivo, el de «la diosa de la ventana», muy extendido por Chipre y otras zonas de Oriente Próximo, en el que el nuevo rey celebraba unos esponsales sagrados, lo que realmente podía significar pasar la noche en el templo con una sacerdotisa, al término de los cuales la diosa aparecía y anunciaba su aprobación del nombramiento (Cornell, 1999, 179). Confirmándose de esta manera que los designios divinos hicieron que Servio Tulio se convirtiera en Rey de Roma, gracias a que su madre Ocesia y Tanaquil así lo había permitido desde que era un niño, por arbitrio divino.

1.2.3.- *Ab initio* de la *Res publica*, consulado de Juno Bruto y Tarquino Colatino

Los primeros años de la República Romana (509 a.C. y ss) fueron realmente duros. Para empezar, la ciudad tuvo que hacer frente a la hostilidad de las poderosas ciudades etruscas, a las que el exiliado Tarquino el Soberbio pidió ayuda en sus esfuerzos para recuperar el trono. Sin duda, los etruscos fueron inducidos a pensar que Roma se volvería peligrosa para ellos si no era regida por reyes de origen y

⁷⁸ Fue el sexto rey de Roma. Nombrado rey por Tanaquil, viuda de Lucio Tarquinio Prisco, fue uno de los reyes etruscos de Roma. Según la tradición era originario de Vulci e hijo de una sierva llamada Ocesia (de ahí *Servius*). Entre otras cosas, se supone que ensanchó los límites de la ciudad de Roma.

simpatías etruscas. La tarea de combatir con los etruscos fue la principal que debieron asumir los dos primeros cónsules, que, naturalmente, fueron Bruto y Colatino (Asimov, 2002).

Dentro de la misma Roma había quienes por una u otra razón eran favorables al retorno de los Tarquinos, de descendencia etrusca. Entre ellos se contaban dos hijos del mismo Bruto. Justo acá revela la historia de Roma, que se presenta un conflicto social de gran interés para la *civitas romana* y que era preciso e inminente resolver: ¿Deben continuar gobernando los Tarquinos etruscos o deben instaurarse nuevos principios de democracia, representados por dos magistrados?. Este conflicto social debió ser resuelto por un tercero extraño al poder real romano, un *tertio sapiens*, en calidad de *arbiter* para dirimir esta difícil situación, correspondió a Lucio Junio Bruto, en su condición de cónsul, el deber de juzgarlos, aun cuando fue descubierta la conspiración de sus hijos.

Esta misión de decisión crucial de Junio Bruto le vino por el hecho cierto y mítico, del cual la historia romana hace alarde, en la que en una tarde fría una serpiente apareció en palacio y se deslizó sigilosa por el salón del trono, llenando a los presentes de estupor y más al asombrado rey. Tarquino ordenó pronto, nos relata asombrosamente Cardona,

“...ante la incapacidad de sus adivinos para indicarle que significaba tal aparición, a dos de sus hijos y a su sobrino Junio Bruto, al que consideraba imbécil, para que consultaran a la Pitonisa de Delfos con estas palabras: “¿cuál será el próximo rey?” pues no tenía la menor duda de que la aparición del reptil tenía que ver con la sucesión al trono. Y esta fue la respuesta de la Pitonisa: “en efecto, la escena del ofidio es una pista, puesto que el primero que bese a su madre será el sucesor al trono romano”. Los dos hermanos se apresuraron a regresar para realizar la acción predicha por el Oráculo, Junio Bruto más tranquilo y como aquel que no le iba la cosa marchaba vacilante cuando de pronto tropezó y se dio de bruces tocando el suelo con los labios entonces comprendió: él era el elegido puesto que la verdadera madre de todos es la madre tierra, dificultad especial presenta pero debía seguir fingiendo ser corto de alcances para evitar represalias” (1996, 56).

Siguiendo con esta predicción divina e infalible, nos cuenta la historia, que Junio Bruto colocó las necesidades de la República por encima de sus sentimientos como padre y se unió a Lucio Tarquinio Colatino en la dirección de su ejecución; dando ejemplo, sin sombra de duda –de un verdadero *arbiter*- frente a quien se explica la

tramitación de una controversia. Pero desde entonces, según los relatos tradicionales, la vida no tuvo ningún valor para Bruto y buscó la muerte en batalla. Finalmente, en una escaramuza con las fuerzas de Tarquino, Bruto vio realizados sus deseos y murió en singular combate con uno de los hijos de Tarquino.

1.2.4.- Batalla de Constantino en el Puente Milvio 312 d.C., legendaria batalla que convirtió a un imperio

Este enfrentamiento tuvo lugar cerca de Roma frente al puente del Tíber conocido como *Pons Milvium*⁷⁹ el 28 de octubre de 312, y combatieron Majencio contra Constantino I. La victoria fue para este último quien pasó a ostentar definitivamente el título de coemperador en el trono de Occidente junto con su cuñado Licinio que lo era de Oriente.

Un sinnúmero de luchas se produjeron en las dos partes del Imperio a consecuencia del establecimiento por Diocleciano de la Tetrarquía⁸⁰. Una de las últimas y más conocidas es la que enfrentó a Majencio contra Constantino, hijo de Constancio Cloro, que obtuvo la tetrarquía de Occidente y Licinio sucesor inmediato de Maximino en Oriente.

A la muerte del emperador Constancio en 306 Constantino⁸¹ fue nombrado Augusto de Occidente. A su vez Majencio fue proclamado Augusto por su guardia aprovechando que Constantino se hallaba en Britania, y se hizo fuerte en la ciudad de Roma. Constantino abandonó Britania y después de conseguir el apoyo del norte

⁷⁹ Donde comenzó su conversión al cristianismo. Tras su triunfo allí, el Senado le nombró como *primus augustus*. En su juventud consideraba al dios romano Sol como la divinidad suprema, pero antes de la batalla del Puente Milvio grabó las dos primeras letras del nombre de Cristo (*XP* en griego) entre sus tropas. Tras la victoria se convirtió al cristianismo, detuvo la persecución de los fieles a esta religión y finalmente fue el primer emperador cristiano de Roma.

⁸⁰ El emperador Diocleciano que inauguró en el Imperio romano la etapa conocida como Bajo Imperio donde el emperador fue señor o amo absoluto, instauró el sistema político de la Tetrarquía para solucionar el problema de la sucesión al trono imperial que hasta entonces se había realizado ya sea por herencia, por adopciones, y últimamente en la anarquía militar, por pronunciamientos en general violentos de la guardia pretoriana o de los ejércitos provinciales. Este curioso sistema que no resistió ni el primer cambio de gobierno, consistió en dividir al imperio entre dos augustos asociados, lo que realizó en el año 286. Diocleciano se reservó el Oriente, otorgándole a su compañero de armas, Maximiano, la región occidental. Diocleciano tenía más poder que su socio, y para hacerlo notorio, se proclamó descendiente del Dios Júpiter, mientras que Maximiano lo era del semi Dios Hércules. Estos dos augustos fueron asistidos por dos césares, que fueron elegidos en el año 293 en virtud de sus méritos personales. Fue Galerio proclamado César en Oriente, y en Occidente lo fue Constancio Cloro. El vínculo entre augustos y césares fue robustecido por alianzas matrimoniales.

⁸¹ Constantino, hijo de Constancio I Cloro (jefe militar de la Guardia Pretoriana) y de Elena (luego declarada santa), nació en la actual Serbia y recibió el título de emperador cuando murió su padre. En su labor posterior se orientó en favor de la unidad del cristianismo, motivo por el que convocó el primer Concilio universal de la Iglesia en Nicea. Tras su fallecimiento dividió el imperio entre sus hijos (Constantino II, Constante y Constancio II) y sus sobrinos (Dalmacio y Anibaliano).

de la península de Italia y derrotar a las fuerzas de Majencio en Verona y Turín, reunió su ejército y se dirigió a la Metrópoli donde finalmente se enfrentó al ejército de Majencio que le esperaba al otro lado del Tíber.

Se exterioriza una vez más el conflicto por el poder, por el dominio absoluto del mando en toda la Roma imperial, en occidente y en oriente. Constantino ante la creciente duda e incertidumbre si atacar o no a Majencio, consulta con los más grandes e influyentes de su ejército y les exige una respuesta acertada. Gran dificultad para decidir tal acontecimiento, la guardia pretoriana, los *equites singulares augusti*, se inclinaban por no atacar o esperar el momento histórico de hacerlo; el *magister peditum* que dirigía la infantería y el *magister equitum* la caballería de los *comitatus*, eran de la *opinio* de atacar tras el avance al Río Tíber. Ante tal discrepancia, la leyenda que divulgó ampliamente la historiografía cristiana, nos relata que Constantino, a la espera de una decisión o *veredictum*, tuvo la visión del lábaro o estandarte, símbolo de los emperadores romanos y vio en sueños una cruz brillante en el cielo, en medio del anagrama de Cristo, al mismo tiempo que una voz divina le indicaba que con ese signo vencería, *in hoc signo vinces*. Constantino hizo decorar los escudos de sus soldados con el símbolo de la cruz (el futuro Crismón) y se lanzó contra el ejército enemigo (Bertolini, 2004). El emperador se percató enseguida de que los jinetes de Majencio tenían desprotegido el vientre de sus monturas, por lo cual resultó fácil para sus tropas destripar a la caballería enemiga. Finalmente, venció después de una dura lucha.

Constantino, de esta manera consideró que por un *tertio sapiens divinus* debió atacar el ejército de Majencio, y creyó además que era un *laudo infalible*, el cual cumplió a cabalidad.

Con la afirmación ineludible de la divinidad, nos comenta Cardona (1996)

“...como recompensa por su victoria y como medida política, pues el paganismo se hallaba en franca retirada, Constantino proclamó el año 313 la libertad de cultos en el imperio. Los cristianos pudieron salir de las catacumbas, en donde se habían últimamente refugiados, así como de otros lugares ocultos, y pudieron respirar bien ganada libertad” (236).

1.2.5.- La *Episcopalis Audientia*

La *Episcopalis Audientia* nació como práctica cristiana de someter las controversias al arbitraje de un obispo en lugar de recurrir a la vía ordinaria. Cuenta la Historia de la Iglesia Católica que en esta época vivía *San Atanasio*⁸², Obispo de Alejandría y Confesor de la Iglesia, quien estaba destinado, por la divinidad, como *arbiter*, a solucionar la controversia suscitada entre las creencias de la Iglesia Católica sobre la divinidad, eternidad y nacimiento del Hijo de Dios y las herejías del clérigo soberbio de Alejandría Arrio, el cual con sus herejías y errores turbó la paz de toda la Iglesia Imperial. Situación que trajo como consecuencia inmediata la convocatoria del Concilio Ecuménico de Nicea⁸³. Esta forma de dar solución a una controversia, no sólo patrimonial, encontró su reconocimiento oficial por obra del emperador Constantino en CTh. 1,27,1, del año 318 d. C., que autorizó a los cristianos litigantes en un juicio ordinario para abandonarlo y dirigirse a la audiencia episcopal, al mismo tiempo que da fuerza ejecutiva a la decisión del obispo y la considera inapelable. Una nueva regulación del emperador Valentiniano III, en NV. 35 pr., del año 452 d.C., considera la controversia seguida en *Episcopalis Audientia* como fundamentada en un *compromissum* cuyo laudo arbitral se ejecuta ante un tribunal ordinario. También se reservan a la *Episcopalis Audientia* las causas referentes a asuntos de religión y a aquellos en que intervienen religiosos.

⁸² Entre las vidas de los santos, que nuestra madre la Iglesia no propone por dechado de santidad y por regla de nuestras vidas y modelo de nuestras acciones, la vida de San Atanasio, Obispo de Alejandría y doctor de la misma Iglesia, es muy esclarecida y admirable: porque Dios Nuestro Señor dio a su Iglesia a este santo prelado, para que fuese columna de la fe cuchillo de, esfuerzo de los católicos, ejemplo de lo santo prelado, luz de la verdad, pozo de sabiduría, río de elocuencia, espanto de los emperadores, terror de los ejércitos, descubridor de los embustes y marañas de sus enemigos, roca fortísima, en que se quebraron las ondas de sus persecuciones, y triunfador de todo el poder del universo, que con todas sus máquinas se armó contra él. Había se levantado poco antes en Alejandría un clérigo soberbio, inquieto, furioso y pestilente, llamado Arrío, del cual con sus herejías y errores duro por las partes de toda la Iglesia. Se celebra el concilio de miseria al cual asisten San Alejandro, Obispo, acompañóle de San Atanasio, que ya era diácono; y con su gran doctrina, ingenio y valor, dio gran luz en aquel concilio, confirmando la verdad católica confundiendo a los herejes y al mismo Arrío, en las disputas que tuvo con él (Costa y Borrás, 1853, 357) .

⁸³ El I Concilio Ecuménico fue convocado en el año 325 en Nicea bajo el reinado del emperador Constantino, el cual dio la apertura y el cierre del mismo sin presenciarlo, a causa del surgimiento de la herejía de Arrio, San Constantino envió una carta circular a todos los obispos con el siguiente texto actualmente nos pareció, por muchos motivos, que es mejor que el Concilio se realice en Nicea de Bitinia, considerando la llegada de obispos de Italia y de otros lugares de Europa; dado el buen clima que hace en Nicea, y también para que yo presenciara como oyente y participante en lo que allí pueda acontecer. En aquel Concilio, cuya apertura fue hecha por el emperador San Constantino en el palacio imperial de Nicea el 20 de mayo del año 325, participaron 318 obispos procedentes de distintos países y naciones. Entre ellos había 5 obispos de los países occidentales, podemos mencionar que estaban: San Nicolás, el obispo Jacobo, Spiridon Trimifunski, San Atanasio el Grande. El motivo principal por el que fue convocado el primer Concilio Ecuménico fue el de afirmar la verdadera doctrina acerca de la divinidad, eternidad y nacimiento del Hijo de Dios en contraposición a las falsas enseñanzas del sacerdote de Alejandría Ario, que sostenía que el Hijo de Dios fue creado por Dios Padre, y que era solamente una criatura superior.

1.3.- En el mundo hebraico y Nuevo Testamento

De manera paralela, los pasajes bíblicos relatan casos en los que las controversias eran resueltas por árbitros. Al respecto, Briseño (1963) señala que la institución del arbitraje, «tomada del Derecho romano (...), era practicada en la época bíblica como lo demuestra el ejemplo de Jacob y Labán⁸⁴ (Castillo-Freyre, 2002), y en este lugar se erigió un montículo de piedras que quedó como testimonio para recordarnos el pacto hecho por ellos. Esto explica por qué ese lugar fue llamado Galaad: “montículo del testimonio”.

Con el correr del tiempo, la humanidad, en el esfuerzo por superar la era salvaje hacia la civilización y el progreso social, adoptó las primeras reglas de comportamiento, estableciendo que distinguidos individuos con autoridad moral, como los sacerdotes, los ancianos o los sabios, resolvieran las controversias entre ciudadanos: de esta manera se abandonaba la época de la venganza personal y se introducía la dosificación de la pena, aplicándola proporcionalmente a la gravedad de la infracción, como enseña la Biblia en el libro del Éxodo:

“Si en una riña golpean a una mujer encinta, y la hacen abortar pero sin poner en peligro su vida, se les impondrá la multa que el marido de la mujer exija y que en justicia le corresponda. Si se pone en peligro la vida de la mujer, ésta será la indemnización: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, golpe por soplo, herida por herida” (21, 22).

Es de recordar en el mundo hebreo, el bien conocido juicio del Rey Salomón (I Reyes 3: 16-28), arbitrando en una disputa, que reproducimos:

“Y dijo el rey: Traedme un cuchillo. Y trajeron al rey un cuchillo. En seguida el rey dijo: Partid por medio al niño vivo, y dad la mitad a la una y la otra mitad a la otra. Entonces la mujer de quien era el hijo vivo, habló al rey porque sus entrañas se le conmovieron por su hijo) y dijo: ¡Ah, señor mío! dad a ésta el niño vivo, y no lo matéis. Más la otra dijo: Ni a mí ni a ti; partidlo. Entonces el rey respondió, y dijo: Dad a aquélla el hijo vivo, y no lo Matéis: ella es su madre. Y todo Israel oyó aquel juicio que había dado el rey: y temieron al rey, porque vieron que había en él sabiduría de Dios para juzgar”.

⁸⁴ Al respecto, Tomás Ogáyar (Ogáyar, Tomás. 1977. **El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 38) precisa que «el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos’».

Lo interesante de este pasaje bíblico es el sometimiento de un tercero para resolver las disputas aun y cuando el rey Salomón resolvió el conflicto de una manera muy particular, pero que lo condujo a saber la verdad en la controversia y emitir su laudo definitivo (Medina-Lima, 1988), que evidencia la sapiencia que debió caracterizar a los terceros que intervenían en una altercación. Lo que confirma que desde tiempos prehistóricos la comunidad judeocristiana advirtió la necesidad de recurrir, aunque fuese de forma primitiva, al arbitraje. De esta manera la religión judía forjó el arbitraje para obtener un trato diferente durante su traumática y difícil historia, pues desde la Constitución del emperador romano de Oriente, Arcadio hasta la Revolución Francesa, se aceptó la potestad del pueblo judío de mantener su propia jurisdicción en las controversias religiosas y también comerciales.

Incluso en el Nuevo Testamento se indica que San Pablo, en su Epístola a los Corintios (Primera de Corintios 6: 1-7) dirigiéndose a la congregación de los Corintios⁸⁵, los exhortó a no llevar sus disputas a la Corte, sino a señalar a personas dentro de la propia comunidad que les ayudarán a solucionarlas.

En las sociedades primitivas las controversias se decidían mediante la fuerza, prevaleciendo el régimen de la venganza personal. En la evolución histórica, con la introducción del *arbitraje* se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente

⁸⁵ 6:1 ¿Cómo es posible que cuando uno de ustedes tiene algún conflicto con otro, se atreve a reclamar justicia a los injustos, en lugar de someterse al juicio de los santos? 6:2 ¿No saben ustedes que los santos juzgarán al mundo? Y si el mundo va a ser juzgado por ustedes, ¿cómo no van a ser capaces de juzgar asuntos de mínima importancia? 6:3 ¿Ignoran que vamos a juzgar a los mismos ángeles? Con mayor razón entonces, los asuntos de esta vida. 6:4 ¡Y pensar que cuando ustedes tienen litigios, buscan como jueces a los que no son nadie para la Iglesia! 6:5 Lo digo para avergonzarlos: ¡por lo visto, no hay entre ustedes ni siquiera un hombre sensato, que sea capaz de servir de árbitro entre sus hermanos! 6:6 ¡Un hermano pleitea con otro, y esto, delante de los que no creen! 6:7 Ya está mal que haya litigios entre ustedes: ¿acaso no es preferible sufrir la injusticia o ser despojado?.

por el compromiso de los antagonistas; esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podría encontrar asidero para lograr su obediencia y cumplimiento (Monroy-Cabra, 1982).

Una vez que se hace un acto retrospectivo, como el que hemos venido haciendo hasta ahora, cabe la reflexión que Schaff se hace en algún momento, al decirnos que

“...se ha dicho que aunque ciertamente no es incumbencia de los historiadores predecir el futuro, sí lo es en alto grado ‘retrodecir’ el pasado: establecer sobre la base de pruebas presentes, cómo debió ser el pasado. Y se afirma que la conducta del historiador al ‘retrodecir’ es exactamente paralela a la del científico cuando predice, ya que en cada caso el razonamiento avanza desde la conjunción de premisas particulares (que el caso ahora es esto y lo otro) con verdades generales, en el caso de la ciencia leyes de la naturaleza, en el de la historia leyes que gobiernan la conducta humana en situaciones de tal o cual tipo” (1971, 304).

Sin embargo, cabe resaltar que fue en el *Derecho romano* donde el arbitraje se configuró como un sistema organizado de impartir solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, decían la última palabra. Por tal razón, es que se desarrollará con mayor precisión, en el siguiente acápite, la evolución del arbitraje en el Derecho romano.

2.- Solución de los litigios de manera amigable *sine controvertia*

La panorámica hasta aquí esbozada, somera y general, nos deja ver la necesidad de una decisión sobre las contiendas jurídicas, la cual no se ha permitido siempre del mismo modo. En algunos pueblos la divinidad es la encargada de este fin, y a ella se acude por medio de oráculos, juicios de Dios y sortilegios, como ya se ha hecho referencia previamente; otros, por el contrario, invocan el auxilio de la autoridad, pero en uno y otro caso, las partes se someten a un poder superior. El *populus romanus*, desde la más remota antigüedad ha seguido un camino diferente, y el desenvolvimiento de los tiempos ulteriores no ha llegado a borrar los rasgos de la idea primitiva: la *decisión consensual* de las contiendas jurídicas. Aquel cuyo derecho se negaba proponía recurrir al *arbitraje* de un *tercero imparcial*, o bien lo dejaba a la

decisión de la conciencia de su contrario, es decir, sometía al juramento la no existencia de su derecho. Si éste aceptaba, el litigio de ambas propuestas quedaba determinado; la decisión que resultaba del arbitraje o del juramento se fundaba en el consentimiento recíproco, y era por consiguiente obligatoria a ambas partes, dando origen a un derecho incontestable y, por tanto, a la autorización de ejercer la justicia privada. Pero ¿qué sucedería si el contrario rechazaba sus proposiciones?. Con tal negativa se condenaba a sí mismo; porque ¿cómo negarse a ellas si estaba convencido de su derecho?. Probaba así que no tenían confianza en la justicia de su causa, y no era infundado suponer que, colocando a su contrario en la imposición de obtener una decisión, su negativa era como la confesión indirecta de su sinrazón. La justicia privada, como quizá también la *legis actio per manus iniectioem* podía ejercerse contra él⁸⁶.

La institución de los árbitros y el juramento extrajudicial daban fin al sistema de la justicia privada, concediendo al derechohabiente putativo la posibilidad de obtener una decisión sobre el litigio, o al menos de estrechar moralmente a su adversario y obligarle con su negativa a confesar implícitamente su agravio. No se ve en el segundo, -nos advierte Ihering (2001)- otra cosa que la consolidación, bajo una forma regulada y fija, de la decisión del litigio convenida por las partes, que existió mucho antes que él. El juramento extralegal vino a ser el juramento jurídico, y el árbitro llegó a ser juez público, si bien conservaron uno y otro su carácter primitivo.

En la argumentación para llegar a esta conclusión se debe hacer referencia a que el juez actual deriva su poder del Estado y no de la sumisión voluntaria de las partes; su misión no consiste únicamente en probar, en exponer el derecho, sino en realizarlo. Nada de esto sucedía al juez, cuyas funciones eran las de un árbitro cualquiera. Esta semejanza asombrosa ha sugerido a un jurisconsulto romano la siguiente observación *compromissum* (la elección de un árbitro) *ad similitudinem iudiciorum redigitur*. Se podría, en época más reciente, ver en el oficio del juez el acto original, y en la institución de árbitros el trasunto, la copia, en tanto que para los tiempos antiguos debe invertirse esa relación.

⁸⁶ Según nos enseña la Ley de las XII Tablas: *si inius vocat, ni it, antestator; igitur em capito; si calvitur pedemue struit, manu mendo iacito.*

Ocurría a menudo a las partes exigir una decisión arbitral a un magistrado célebre por sus conocimientos jurídicos o por su probidad, un *tertio sapiens*. La conformidad a sus deseos fue detenida en su origen como punto de honor, más tarde como un deber de oficio. Recargado con el cúmulo de semejantes misiones, el magistrado tuvo muy pronto que proponer en lugar suyo a las partes a otra persona competente, o bien rechazar de una forma para siempre ciertos litigios; si el mismo derecho posterior es avaro de acciones, ¡cuánto más no lo sería el derecho antiguo!. La única diferencia que existe entre el árbitro ordinario y el nombrado por el juez, o en este último (cuando el mismo juzgaba), es que se necesitaba desde luego solicitar la aceptación del primero, mientras que la aceptación del segundo era segura en todos los casos en que el uso o la ley exigían su intervención; por lo demás, eran igual.

Tal es así que Ihering aduce que

“El árbitro toma su poder de la elección de las partes, es su simple mandatario, y limita sus funciones a exponer el derecho. La realización del derecho se deja a los litigantes; así, el juez del derecho romano antiguo no recibe su poder sino del mandato de las partes. De aquí resulta que un proceso no puede ser entablado cuando la parte contraria rehúsa su consentimiento, y que la decisión del magistrado o del juez que uno solo nombra no tiene para la parte contraria ninguna fuerza obligatoria si no se ha sometido a él de antemano” (2001, 122).

Esto explica que, si el litigio que tiene con su adversario es cosa de interés puramente privado, ¿cómo podría el magistrado inmiscuirse en el asunto sin una invitación de ambas partes?. Así es que, cuando el demandado se oponía a ello, ningún proceso podría dirigirse contra el rey, el demandante debía entonces defenderse por sí propio, y lo hacía, como se verá más adelante, acudiendo a la *manus iniectio*. Si el demandado no acepta la petición del demandante de recurrir a una decisión judicial, y si después cambia de opinión, el demandante no está obligado a aceptar la ley, la justicia privada queda en libertad de acción.

Si el litigio no puede ser entablado sin la voluntad del demandado, es fácil ver lo que ocurrirá cuando éste consienta en responder a la acción. Todo el pleito descansa en el pacto de las partes, que se ponen de acuerdo ante la persona del juez respecto del magistrado que éste constituye, prometiendo mutuamente conformarse con su decisión. La fuerza decisiva de la sentencia del juez no descansa en que emana de un juez público, sino en que de antemano le ha sido atribuida por la voluntad de las

partes. El convenio de estas tiene el carácter de una promesa condicional, porque se prometen que el vencedor tendrá lo que el juez les adjudique (Árias, 1941, 124).

El contrato, que de este modo se constituye en la base de todo el procedimiento, se llama *litis contestatio* y es estipulado ante el pretor en presencia de testigos (*contestari*). Se ha debatido la naturaleza consensual de la *litis contestatio*, oponiendo a ella la naturaleza del proceso, cuyas secuelas necesarias serían las consecuencias de la *litis contestatio*; pero se olvida, según palabras de Ihering (2001) –que los antiguos romanos consideraban la naturaleza del proceso de muy distinta manera que nosotros–; no se advierte que exigían un consentimiento expreso (aunque indirectamente forzoso) en todos los casos en que voy una persona, contra su voluntad, asume una obligación o sufre un daño. Desde este punto de vista, repugna al espíritu del derecho antiguo decir que la *litis contestatio* llevase consigo todas las consecuencias de una relación consensual sin ser por sí misma un contrato. Para convencerse de ello basta reflexionar que no se trata de la sumisión de un juez, porque la sentencia judicial no es otra cosa que la condición de acuerdo con la cual las partes se han prometido algo. Si la condición de su promesa hubiera sido concebida en estos términos: “si un tercero hace tal o cual cosa”, el fundamento de la obligación, nacida del cumplimiento de esta condición, no habría sido el acto de ese tercero, sino dicha promesa. La influencia que ejerce la sentencia del juez debe referirse, como a su verdadera causa, al convenio de las partes.

El lazo que une a las partes con el juez es la de la subordinación. La cualidad del juez constituido por el *praetor* implica una subordinación parecida a la que supone en nuestros días el nombramiento por el Estado de ciertas personas para ejercer determinadas profesiones de interés público. El *iudex* antiguo tenía exactamente el mismo carácter del jurisconsulto de la época imperial investido del *ius respondendi*. Los dos eran instituidos por el Estado para prestar sus servicios a las partes y para darles consejo⁸⁷. He aquí por qué el juez, en el curso de litigio, no podía ser ningún mandamiento a las partes, ni citarlas, ni amenazarlas con penas sino comparecieran

⁸⁷ Ambos tienen el mismo origen e historia. Así como el Estado toma entre sus manos las funciones arbitrales, sin cambiar en su origen el carácter esencial, lo mismo sucede con los jurisconsultos defensores. Al lado del juez y de los defensores públicos se mantienen en actividad los árbitros y los defensores no investidos del *ius respondendi*; éstos subsisten largo tiempo sin sufrir la revocación por parte del Estado. La revocación se hace finalmente, y los jueces, lo mismo que los defensores oficiales, pronuncian entonces en nombre del Estado sentencias legalmente obligatorias para las partes.

en el plazo debido, etc.; porque los tribunales, que podían oponer su veto al magistrado que administraba justicia, no podían usarlo contra el juez (éste no era un oficial público, sino un árbitro de las partes, en nombre del cual había concurrido un oficial público); y finalmente, porque la sentencia del juez no era un mandato o una prohibición a la parte vencida, sino una simple opinión (*sententia*), una explicación (*pronuntiatio*) dada por el juez sobre la cuestión controvertida. De manera que esto se vio reflejado en los diversos procedimientos, que se verán más adelante.

Sin duda, el arbitraje tiene sus orígenes en el Derecho romano, tal como lo vamos a concebir, por lo que consideramos que la institución del arbitraje en Roma, adquirió raíces propias (Murga, 1989, 21). Y de manera más concreta en la ley de las XII Tablas o también llamada Ley de Igualdad Romana, en el cual contenían las normas para regular la convivencia romana, en este sentido tenemos la Tabla IX-III, donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados. De esta manera se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario⁸⁸, es decir, fue una etapa en la que definitivamente se empezaron a realizar construcciones más jurídicas en torno a la institución del arbitraje en donde existían procesos públicos y privados, según la clase de interés que en ellos estuviera implicado, por ejemplo en el derecho privado, consistía en que la delimitación de la materia litigiosa era establecida por las partes, habida cuenta de que aquello que se discutía era de interés particular. Por tales consideraciones, la solución del conflicto estaba reservada a un órgano privado, elegido o aceptado por las partes y no al órgano jurisdiccional oficial.

Como contrapartida de esta situación, los particulares en conflicto se comprometían, a través de un *contrato arbitral*, a cumplir con la decisión del órgano privado. Es pertinente mencionar que el derecho privado (*ius privatum*), era zona reservada, por

⁸⁸ Como lo dejan ver Feldstein Sara y Hebe Leonardi y varios autores más que coinciden en indicar que el arbitraje en su esencia misma y más allá de las distinciones habituales, tendría por finalidad sustraer un litigio del aparato estatal (los tribunales ordinarios); esta tesis postula la *alteridad* de la justicia arbitral.

lo que el ámbito normativo estatal raramente intervenía en su formación y desarrollo. La razón de esta mínima intervención, en que el territorio del Derecho privado parte de la concepción de este Derecho como familiar. En este sentido, las familias cada una desde su núcleo logran mantener su propio ordenamiento jurídico al amparo de sus tradiciones de sus antepasados cuya ancestral sacralidad nadie puede cuestionar, ni siquiera el propio Estado (Fustel de Coulanges, 1952). Esta situación explica por qué el Derecho romano, en todo su antecedente Tabla III⁸⁹ es muy doméstico, detallado, personalizado y cruel, de alguna manera.

Con respecto al proceso público, éste era iniciado siempre por un magistrado o por cualquier ciudadano que representara en ese momento el interés público, en la medida que este proceso tenía como finalidad defender el interés de la comunidad a través de la aplicación de sanciones ante la vulneración del Derecho. Asimismo, éste radicaba en que la decisión final en torno al conflicto correspondía a un órgano público con competencia jurisdiccional, lo que en la actualidad sería equiparable al proceso penal, tal como lo advierten Feldstein Sara y Hebe Leonardi (1998).

No es óbice comentar que dentro de la redacción de la Tabla, se puede constatar que en la transcripción de la Ejecución de la sentencia condenatoria, la regulación era muy detallada, hasta morbosa y cruel, pero indudablemente era fruto del consenso por parte de los patricios y plebeyos, que constituía un principio de seguridad jurídica para los justiciables, poniéndose en evidencia una vez más la posibilidad del consenso entre las partes. La evolución del *arbitraje* en el procedimiento civil romano, alcanza la categoría de institución, manteniendo el carácter voluntario de la justicia, limitándose a controlarla y administrarla. Según nos refiere Iboleón, al hacer referencia a este instituto, germen del acuerdo entre las partes, que

“...uno de los aportes más importantes del Derecho romano a la civilización fue haber instituido la función jurisdiccional en persona diferente al gobernante. Fue

⁸⁹ Confesada la deuda (el dinero) y jugadas las cosas en derecho, hay un plazo legal de 30 días. Luego, que se le prenda. Llévese al tribunal ante el magistrado que regirá el litigio. Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo (el acreedor), lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, quince libras o si quiere, de menos. Si lo quiere viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más. Sin embargo, aunque daba el derecho a avenirse y, sino, lo tenían encadenado sesenta días. Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al *comitio* ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena. Al tercer mercado se ejecutaban las penas capitales o iban a venderlo al otro lado del Tíber, como extranjero. Al tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no sea fraude.

también en el Derecho romano donde se configuró al *arbitraje* como un sistema organizado de impartir una solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la *decisión de terceros imparciales*, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto decían la última palabra. De ahí, que la doctrina humanística nos muestre que el arbitraje es anterior incluso al proceso jurisdiccional. Será a raíz del fortalecimiento progresivo del Estado cuando aparezcan los poderes estatales y, entre ellos, el judicial, perdiendo el arbitraje la importancia de la que hasta entonces gozaba” (2012, 9).

Justo por ello, no se debe objetar que el derecho tiene su origen y su hendedura en el sentimiento jurídico. ¡Cierto!. El sentimiento jurídico y el acuerdo entre las partes son la semilla del derecho, pero la semilla contiene el germen del vegetal y no la planta misma. *Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit*⁹⁰, como dice Séneca. El derecho, pues, no se engrandece ni prospera sino cuando el grano que lo contiene está entreabierto y ha podido pasar de la esfera del puro sentimiento jurídico a la del dominio de la ciencia jurídica. Así como el árbol no puede volver a ser el primitivo germen, no hay poder sobre la tierra que pueda a un derecho y ha desarrollado implantarlo en la forma primitiva para hacerlo accesible a la generalidad de las gentes.

3.- El espíritu del antiguo *cives* romano en búsqueda de una *regulación jurídica*

En un intento por lograr obtener el espíritu, el hálito o el aura del auténtico *quirite* que era nativo del *latio*, es transparente el concierto de las clases opuestas, que desde un principio se dibujan en el seno de la *civitas romana*, pedía algo más que una simple transacción de intereses: requería justamente la alianza de las personas por la unión de las almas en este contexto jurídico embrionario. Para una comunidad social más amplia y más compleja que todas las precedentes hacía falta un espíritu común más amplio y más complejo. ¿Lo era el dominante en la ciudad primitiva?. Y en caso contrario, ¿qué grado de flexibilidad presentaba para vencer los límites opuestos a su expansión?. Para responder acertadamente, sin duda debemos decir

⁹⁰ Seneca Lucilio, XX, *Epistolae morales*, en la que deja ver el reflejo del más puro pensamiento estoico que tanto incidió en el pensamiento jurídico imperial, en el que sostenía *verbi gratia* “No nos atrevemos a muchas cosas porque son difíciles, pero son difíciles porque no nos atrevemos a hacerlas”.

que son las *creencias religiosas*, puesto que en este tiempo, como en los primeros de las diversas civilizaciones, *la religión* no fue una manifestación particular del alma, sino el molde común de todas y de todos los ámbitos de la vida, incluyendo las declaraciones jurídicas. Ya se ha hecho alusión al culto más arraigado en los corazones y más influyente en la vida de los primeros ciudadanos⁹¹.

He aquí ideas bien antiguas, y un culto cuyo pensamiento generador ha pertenecido a muchos pueblos. No es maravilla que traspase con el ciudadano romano los umbrales de la casa para extenderse a la *civitas*; no es maravilla que lo acompañe a su ingreso en la historia. ¿Qué ha de traer a esta nueva escena un hijo del pasado sino la herencia de otras edades?. Pero lo sorprendente es su apego a esa herencia; lo significativo es la predilección con que la mira sobre todas las demás y sobre sus adquisiciones ulteriores. En esta predilección y en ese apego empieza a bosquejarse su espíritu: un espíritu bien hallado en las primeras impresiones recogidas del mundo ideal, y poco dispuesto a abandonar la posición conquistada a la entrada de ese mundo para aventurarse a sondear sus lejanos horizontes con una visión y vocación eminentemente jurídica, que lo hace distinto al habitante de los pueblos circunvecinos.

Importa asimismo notar que el romano, por su parte, no envidia, no busca esa trascendencia del pensamiento: razón de más para qué no la consiga. No llama a sus dioses en busca de inspiración, sino para que le satisfagan sus deseos o para que no le hagan víctima de su colega, cuando los sucesos la desencadenan. Todos los pueblos en alguna época de su vida, han pedido también a sus dioses favores y gracia; pero el romano figura entre los que apenas han tenido más que eso. Sus celebridades religiosas predilectas son aquellas a que se asocian alegres expansiones, es decir, nos recuerda Bertolini,

“aquellas que le procuran un beneficio palpable, y juzga de lo grato que deben ser a los dioses los sacrificios por el placer que encuentran sus adoradores, consumiendo en el festín la carne de las víctimas. Verdad es que en esto no hay más que participar del sensualismo común a todos los pueblos que no han llevado

⁹¹ El de los *lares* o genios tutelares de la casa, cuyo santuario era el hogar doméstico. La necesidad de su protección a cambio de los dones indispensables para su subsistencia reunió a las familias junto a las tumbas de los antecesores, donde un día reposaría en también sus descendientes, necesitados entonces, como ellos, de las ofrendas de los vivos. La ciudad asimismo tuvo sus genios custodios –los *penates*– y su hogar sagrado –el del templo de Vesta–, último refugio del paganismo, cuando el resto de la antigua fe ya había muerto.

a los ápices de las religiones históricas; pero incluso aquí es de ver la sobriedad y parsimonia con que él se divierte, la medida con que previene el exceso del placer, para no rebasar en esto mismo los límites de lo conveniente y sacar a salvo los fueros del cálculo y de la utilidad hasta en medio de sus voces. Si espera algo más de sus dioses, es que protejan constantemente la *civitas*, que den la victoria a sus ejércitos, que garanticen los pactos internacionales, que presidan las deliberaciones del Senado, que den códigos y sanción para sus infracciones; en resumen, siempre algo positivo a los ojos del creyente, y a veces realmente positivo, como los *preceptos civiles y morales* con que el santuario suplió durante tiempo el silencio de los tribunales. Así, aunque el sentido utilitario no sea peculiar de la religión romana, sino de todas las que no se elevan a un alto grado de pureza ideal, lo que no debe olvidarse es el predominio en que ella conserva ese sentido y el carácter del contrato que reviste el comercio de los dioses con los hombres. Las divinidades de la ciudad, del propio modo que las familiares, necesitan ofrendas, y los ciudadanos se encargan de que no les falten; hasta ese momento están interesadas en la prosperidad de sus adoradores: velar por ellos es velar por sí mismas. Pasando las cosas de esta suerte, tratándose de un cambio de servicio, las dos partes contratantes tienen igual derecho a exigir el cumplimiento fiel de lo que tácitamente estipula, y si los dioses se irritan por las torpezas, por las negligencias o por las ofensas impremeditadas de los hombres, los hombres a su vez les echan en cara la falta de su ayuda en trances de apuro y les guardan rencor por sus derrotas” (2004, 388).

Bien se deja ver en todo que, si esta religión ha salvado la etapa en que las divinidades se conciben como existencias no mucho más poderosas que los hombres, está bien lejos, sin embargo, de repuntarlas omnipotentes. Los límites de su poder son notorios, cuando se considera que los hombres pueden penetrar en los designios divinos, estudiando atentamente las señales en que se revelan, y saben también el modo de hacerlos propicios a los mortales y de evitar los adversos; o de otra suerte: los hombres pueden influir en los dioses, punto éste esencial, porque no basta conocer las divinidades adoradas para juzgar el influjo de una religión sobre la vida; hay que saber a qué título se aceptan, en qué estima se tienen, qué índole de adhesión y qué grado de respeto pueden alcanzar.

Se comprende con esto el papel importante de los *augures*, los hombres instruidos capaces de interpretar la voluntad divina, y el de los *pontífices*⁹², los sabios

⁹² El primer colegio de sacerdotes era el de los *Pontífices*, en número de tres, cuatro o cinco; reciben su nombre por el puente sagrado de los romanos, el Puente Sublicio; este colegio estaba presidido por el rey y tenía como funciones la vigilancia de las prácticas religiosas, tanto privadas como públicas; también determinaban los deberes del pueblo hacia sus dioses —es el llamado *derecho pontifical*, escrito en los Libros Pontificales—; y organizar las ceremonias anuales del culto nacional en honor de la Tríada Capitolina. El Pontífice más importante era el Sumo Pontífice —*Pontifex Maximus*—, que elaboraba el calendario

depositarios de la ley religiosa, con cuya observancia se gana aquella voluntad. El *augur* tendrá que intervenir en los actos más importantes, porque ni se abre una sesión sin la seguridad de que los dioses son propicios, ni en la guerra se da la señal de la batalla sin que el arúspice un pronóstico favorable, después de inspeccionar las entrañas de la víctima sacrificada al efecto. Para casarse, para prestar, para adoptar, para convenir de mutuo acuerdo, para lograr un arbitraje, para todos los actos que no puedan realizarse sino de acuerdo con ciertas prescripciones religiosas, habrá que consultar a los pontífices si existe o no algún impedimento, porque ellos son los que saben y declaran la ley.

La ley tuvo sus libros sagrados⁹³ donde se conservaban las fórmulas y ritos tradicionales del culto; libros guardados celosamente, porque toda indiscreción, que hubiese dejado trascender la menor parte de su contenido a un extranjero, hubiese equivalido a poner a merced suya los dioses: como que tales fórmulas y ritos eran los medios de que los hombres disponían para inclinar la voluntad divina a su favor; descubrirlos un extraño hubiese sido penetrar el secreto de esa influencia y adquirir el poder de atraerse a las divinidades. Y las fórmulas, nos infiere Carcopino (1993), “eran tanto más preciosas, como tales *fórmulas*, cuanto que su sentido difícilmente se entendería, bien por qué no lo hubieran tenido nunca en ciertos casos, bien porque se hubiese perdido u oscurecido en el transcurso del tiempo” (78). Mas, una vez admitido que los antepasados se habían servido de ellas con éxito para persuadir o aplacar a las divinidades, lo de menos era saber en qué estribaba su virtud. ¿Qué importaba ignorar el sentido oculto a que los dioses se rendían, puesto que, fuera el que quisiese, en la fórmula estaba?. Usándola, y usándola estrictamente en los mismos términos que los antepasados, surtiría iguales efectos. Así, suponiendo que en otra época hubiesen encerrado una significación, desde el momento en que se había perdido y no quedaban más que los signos, era capital no omitir nada en punto a éstos, a la fidelidad de su reproducción y a la oportunidad de

de días fastos –en los que era lícito (*fas*) trabajar, es decir, días laborables- y nefastos –en los que no era lícito (*nefas*) trabajar, es decir, días festivos- y mantienen al día las listas de las divinidades romanas –*indigitamenta*–.

⁹³ En Roma se guardaba tempranamente de esta adivinación poniéndola bajo la forma de libros escritos custodiados por un colegio sacerdotal masculino: los *devomviri*. La introducción de los *Libros Sibilinos* en Roma se le atribuye al monarca Tarquinio el Soberbio. Los senadores decidieron entregar los libros sagrados a un colegio masculino compuesto inicialmente por dos (*duumviri*) por diez (*decemviri*) y finalmente (bajo Sila) por quince (*quindecemviri*); además de la precaución política que siempre suponía dicha custodia, los libros se consideraban resultado del trance o de la visión de una mujer de origen extranjero; se hacía necesaria una interpretación de los versos sibilinos.

su aplicación. Justo así hace réplica Bertolini, (2004) quien considera que en los actos del quehacer y en la contratación romana,

“...para abordar, lo esencial eran las palabras de elaboración y el ritmo con que debían cantarse, porque esas palabras, dichas de ese modo, habían sido oídas en ocasiones semejantes. Lo mismo acontecía con las diversas ceremonias del culto; la exactitud en la reproducción de los pormenores era el todo: la eficacia del sacrificio dependía de la clase de la víctima, de su color, de la forma del cuchillo con que se inmolaban, de la especie de línea con que se alzaban las carnes. Para dirigirse a una divinidad o cumplir ciertos actos del culto, no era indiferente ir calzado o descalzo, con la cabeza cubierta o descubierta; eso era según el dios y según las circunstancias” (389).

De aquí a trasladar toda la esencia del culto a los símbolos no había más que un paso; así, andando el tiempo, se repetirá hasta treinta veces una ceremonia por haberse cometido una leve omisión o alteración, que bastaba para anular su virtud. El romano sabía ciertas fórmulas infalibles contra las enfermedades, pero su eficacia dependía de repetirlas veintisiete veces y escupir cada una de cierta manera⁹⁴.

Ya lo dice Mommsen, refiriendo el formalismo jurídico en el derecho quirritario,

“...si la importancia del formalismo en el Derecho antiguo no estuviese confirmada por pruebas históricas positivas, la antigüedad romana en general vendría a proclamarla; porque la tendencia del formalismo anima por completo al mundo romano, que se doblega ante la forma y la acaricia, esforzándose en fijar siempre cuanto encierra la humana actividad formas determinadas, traduciendo lo invisible en actos visibles plásticos. La religión principalmente: todo lo que a ella se hunde, el culto religioso, los sacrificios, la oración, los votos, los auspicios, en una palabra, cualquier relación que enlaza con los dioses, tiene sus formularios y formas fijas. La vida pública en el interior como en el exterior, en las asambleas del pueblo y en la curia, en tierra o en paz, se desarrolla bajo formas estudiadas” (2003, 212).

Debe decirse, sin sombra de duda, el formalismo en el antiguo derecho privado y en el procedimiento, ejercía un imperio exclusivo sobre ambas materias. Cierto es que pudo haber habido desde aquellos tiempos de Roma actos sin forma, que en la

⁹⁴ Es el insistente formalismo en los actos romanos que minan también los actos jurídicos. En efecto, los antiguos romanos, en la exteriorización de las ideas, de los acuerdos, de sus mandatos, acudían a expresiones *palpables* en las que se vertía la esencia de los mismos, y que podían estar constituidas por actos, ritos, gestos, o precisas expresiones orales, que simbolizaban, representaban o personificaban tales manifestaciones. De allí que se sostenga que el *sistema negocial* romano primitivo es “un sistema dominado por la forma, aunque ello no fuese sino reflejo de un hecho más general, cual era que el sistema de las comunicaciones sociales, en esa sociedad, estaba confiado a un lenguaje de señales típicas” (Colin, A.; Capitant H., 1981, 170), quien además sostiene que toda vez que en ninguna sociedad, y menos en las sociedades antiguas, la comunicación está confiada solamente a la palabra, se hace también uso, en los negocios más comprometedores, de “técnicas del cuerpo”, gestos y actitudes contextuales, además del uso de determinados objetos hechos de determinadas materias.

práctica producían todos los efectos de los actos jurídicos; porque debido a ello, usos, la lealtad, el honor y la consideración del prestigio personal le estaban la sanción del derecho. No sólo se concede de buen grado es el resultado sino que se va más allá, esto es haber en la presencia de esas fuerzas extrañas al derecho un complemento esencial del derecho antiguo. Pero de lo que se trata aquí es de la *eficacia jurídica* de los actos de poder obligar jurídicamente al que los había celebrado, y vemos que en los actos sin forma esa eficacia, esa fuerza de obligar eran absolutamente nulas. Así lo afirma Ihering (2001) -esto no ofrece duda alguna-. Claro es que las supersticiones semejantes del romano no indican en él un estado de cultura igual al de las poblaciones donde hoy reinan las últimas, desde el momento en que más que creencias vivas eran simples *detritus* de las pasadas; ni el subsistir sus huellas, después de extinguido su imperio, es un hecho excepcional, sino constantemente repetido en la marcha de todas las civilizaciones. Pero la tenacidad de su persistencia en la vida, sino en el alma del *populus romanus*, nos anuncia un rasgo de su fisonomía moral que nunca debe olvidarse para comprender su historia y su influjo que ha ejercido en la general humana: el poder del espíritu conservador, que para el antiguo *cives* hizo del culto a las tradiciones el más sagrado de todos. No hay sino ver cómo, al llegar la época de su primera innovación legislativa, se guardan mucho de derogar las antiguas leyes y las deja subsistir al lado de las nuevas, a pesar de sus contradicciones, y de la confusión inextricable que engendraron. Es que las prescripciones jurídicas consignadas entre las oraciones y las ceremonias en los libros sagrados eran la herencia venerada de remotas generaciones, conservada por tradición antes de perpetuarse por escrito, y el ser antiguas bastaba para que fuesen santas, así hubiesen carecido de la consagración religiosa asociada al derecho consuetudinario en los orígenes de las civilizaciones, porque, en la primitiva Roma, antigüedad y santidad fueron términos sinónimos.

Puede verse *prima facie* que la Roma que se describe está envuelta en un contexto religioso que invade el campo natural del espíritu del *cives comune* e impregna su actuar jurídico y la posibilidad de dirimir sus controversias recurriendo a un *arbiter*, ya que, dondequiera se adivina el esfuerzo laborioso de una inteligencia preocupada en desentrañar el lado útil de los hechos, a falta de sus elementos ideales, y una

voluntad tanto más paciente y briosa para sacar partido de esas conquistas utilitarias, cuanto menos gratuita es la asistencia que le prestan los dones naturales. He aquí otro camino de elevación, más difícil, pero, por lo mismo, más meritorio: el de los hombres que fundadamente pueden llamarse hijos de sus obras. Tal fue el *romano*. En su historia ha podido verse cómo hasta las circunstancias exteriores le impusieron una vida de acción, dirigida inflexiblemente por el cálculo. Pues bien: un espíritu calculador, tanto por exigencias internas, como por necesidades externas, puede tener estrechez de miras, puede estar lleno de preocupaciones, puede ser supersticioso; pero hará con todo eso su camino, porque todo se cejará ante el interés. Ya se ha advertido que en Roma la religión se hizo utilitaria que, no era difícil, estando como estaba casi toda más en los símbolos y el culto que en el pensamiento y en el corazón. Si las creencias estrechas del romano hubiesen tenido un flujo más profundo en su conciencia; si él se hubiese conservado tan primitivo como ellas, y las hubiese abrazado con fanatismo, es bien problemático que su espíritu hubiese podido medirse con las exigencias que le creaba la vida superior de la *civitas*; pero, no siendo más que lo que fueron, si no le ayudaron poderosamente para elevarse, tampoco le pusieron obstáculos: dejaron expedito el camino a otros estímulos de progreso cuya acción patentizan los hechos, como podemos verlo de manera transparente en el proceso civil romano.

3.1.- Importancia del elemento de la voluntad para la prosperidad del derecho antiguo

Se ha insistido en la tendencia dominante del espíritu romano hacia el derecho, conviene entonces buscar cuáles eran los medios de que disponía el *populus romanus* para realizar su misión jurídica. Generalmente, se responde a tal pregunta, como nos aduce Ihering (2001), citando las disposiciones intelectuales de los romanos su espíritu penetrante y analítico, su tacto práctico, etc. la influencia de estas cualidades es evidente; pero muy a menudo se olvida lo que es, sin embargo, infinitamente más esencial a nuestro juicio, para el derecho antiguo: la fuerza moral, la energía de la voluntad del pueblo romano.

El derecho no es convencimiento, opinión, saber, ilustración; en una palabra, no es una fuerza intelectual, sino moral. Es la voluntad. Esto sólo puede dar al derecho lo que constituye su esencia⁹⁵: la realización; porque la voluntad sola posee un poder realizador y creador. Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si bien faltan fuerza moral, energía y perseverancia de voluntad, el derecho no podrá nunca prosperar en el punto sus leyes no serán otra cosa que los buenos deseos de un hombre sin carácter, las inspiraciones del momento que la realidad viene a desmentir y que en momentos siguientes desvanece. Las reglas del derecho en las instituciones jurídicas sólo tienen estabilidad cuando, a semejanza de las resoluciones de un hombre de carácter, descansan en la fuerza de voluntad y estabilidad que, a su vez, es condición de su perfeccionamiento técnico. De allí que las especulaciones filosóficas sobre el derecho y la jurisprudencia sólo progresen verdaderamente en un pueblo de voluntad enérgica que, y sin amor, sin admiración por la misión que ha de cumplir, su papel sea hartamente mezquino. Pero este amor no es posible cuando al derecho le falta la solidez intrínseca; y si de ella un pueblo carece, ¿cómo la adquirirá el derecho?. Ninguna legislación es más a propósito que la romana antigua para darnos idea clara de la importancia del elemento de la voluntad, y de la acción recíproca de las fuerzas moral e intelectual.

4.- Análisis del trinomio sistemático: *Iurisdictio-Actio-Processus*

Para iniciar con utilidad el estudio descrito, motivo y exegético de un código de *derecho procesal civil* o el análisis del *arbitraje* como medio alternativo de resolución de conflictos, hay que partir de tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presupuestas, por las leyes positivas y que son: *Iurisdictio-Actio-Processus*. La oportunidad de distinguir los tres términos de este importante trinomio sistemático, y de distinguirlos en el orden en que los hemos

⁹⁵ Desde este punto de vista saludemos al pueblo romano, a su entrada en el mundo, como uno de esos pueblos centrales en los que se reúnen, como en “un foco luminoso, los dispersos rayos de la humanidad”, según la bella expresión de Huschke. Para más ver *Constitución de Servio Tulio, Prefacio, p. 17*. La historia de la formación de Roma nos ha suministrado ya materia para hablar de su misión y de sus caracteres particulares; en el curso ulterior de nuestro estudio el pueblo romano desaparecerá ante su obra: el derecho. Parece cierto entonces, que este es el momento oportuno de revelar el carácter del pueblo romano y de su predestinación especial para la cultura del derecho.

enunciado, se presenta cuando, antes de profundizar en los conceptos, se considera cómo se desarrolla y en qué consiste, *prácticamente*, la obra de los magistrados romanos que se dedicaron a la administración de justicia.

La existencia de medios para establecer el derecho es la condición necesaria para su vigencia. En las sociedades civilizadas, preciso, de alta ética, la intervención judicial es excepcional dentro de las transacciones de la vida cotidiana. Pero a veces no basta la buena fe ni el proceder honesto para evitar dudas, divergencias o conflictos en la interpretación de la ley y entonces se hace indispensable la determinación, por medio de una autoridad competente, de su sentido legal, esto es, un órgano que solucione la disparidad de criterios, *el litigio*, por una sentencia dictada de acuerdo a normas que aseguren su justicia.

A ese conjunto de requisitos, ceremonia, ritos, etc., que se hallan con mayor o menor desarrollo en todos los pueblos que constituyen la materia del derecho procesal, la jurisprudencia moderna los llama reglas de forma, reservando para las normas jurídicas restantes la designación del derecho de fondo. Por ello, se hace necesario e inminente estudiar *in extenso* la relación tricotómica entre estos aspectos fundamentales del quehacer procesal romano.

4.1- La *Iurisdictio*: Fundamento, formulación y contenido

En el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que se realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder. Establecida esta premisa y sentada la afirmación de que la *iurisdictio* romana no se corresponde en todos sus aspectos -en especial hasta la época clásica- con la jurisdicción actual, podemos decir, *lato sensu*, que la *iurisdictio*⁹⁶ comprendería el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió, en Roma, la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C., y con ciertos límites, también la criminal.

⁹⁶ Dificultad especial presenta la determinación del contenido y el fundamento de la *iurisdictio*. Etimológicamente, el término deriva de *ius dicere*, lo que parece que hace referencia, a primera vista, a la idea de decir, mostrar o indicar por parte del magistrado el Derecho aplicable, pero la misma raíz etimológica constituye la base de los términos *iudex* y *iudicium*, y parece claro que el juez privado del *ordo iudiorum privatorum* no tenía *iurisdictio*.

El estudiar el contenido de la *iurisdictio*⁹⁷ no es tarea fácil, Lauria, por ejemplo, identifica la *iurisdictio* con el pronunciamiento de los *tria verba legitima*: *do, dico, addico*, a los que se refieren en numerosos textos romanos, y ciertamente parece probable la identidad originaria entre *dicere (dico)* y *iuris dictio*, en cuanto que *dicere* constituía la actividad más relevante del magistrado⁹⁸.

Para los antiguos, más que humana, la de las leyes era obra divina⁹⁹. Desobedecerlas, además de infracción y delito, era sacrilegio. Ningún pueblo tuvo más acendrado respeto por las leyes que el romano. Las antiguas leyes casi nunca se derogaban sino que se complementaban con las nuevas. El *praetor* tuvo que hacer derroche de habilidad y agudeza para atenuar el vigor de las Doce Tablas y adaptar, en una sostenida evolución de siglos, la hermética legislación del Derecho Civil a las nuevas necesidades. Así surgió el llamado Derecho Pretorio.

La *iurisdictio* es el poder de administrar justicia. En los primeros tiempos el magistrado encargado de impartirla, es juez, sacerdote y soldado. Los reyes al principio, los cónsules después y los pretores, por último, junto con otros funcionarios provinciales, asumen la *iurisdictio*. Existen cuerpos colegiados como los recuperadores y centunviros que ejercen funciones parecidas a la de los jurados. Asimismo, tienen la *iurisdictio* los censores en los litigios de propiedad entre particulares y el Estado y entre los particulares y una comunidad religiosa, etc., Y los ediles curules en los mercados, en materia de ventas (evicción, vicios ocultos).

Ya durante la monarquía, debido a frecuentes ausencias, el Rey hubo de delegar sus funciones de administrar justicia en un *praefectus urbis* y durante la República, los cónsules se desprenden de hecho de la *iurisdictio* y la confían a un funcionario llamado *praetor* (año 389 de Roma), que dura un año en sus funciones, escogido entre patricios al principio y después también entre plebeyos, que tiene además el *imperium*, o poder público para hacer respetar y cumplir las decisiones. Más tarde

⁹⁷ Becker (1981) identifica la *iurisdictio* con la simple declaración improductiva del proceso, y De Martino considera que la *iurisdictio* consiste en la indicación de las partes contendientes de la norma aplicable al caso concreto. Por el contrario, en opinión de Gioffredi, la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar. Para mayor abundamiento ver Fernández de Buján Jurisdicción y Arbitraje en Derecho romano.

⁹⁸ No obstante la tesis de la Lauria, que ha tenido algunos seguidores, no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria, que ha señalado entre otros reparos, que la *tria verba* no son más que una indicación abreviada y ejemplificativa de los formularios solemnes que debían ser pronunciados por el magistrado en el ejercicio de la jurisdicción.

⁹⁹ Obedecer las leyes, dice Platón, es rendir culto a los dioses.

fueron creados dos pretores, *praetor urbis*¹⁰⁰ y *praetor peregrinus*, aquel para dirimir las cuestiones de ciudadanos romanos y éste para las que ocurrieran entre ciudadanos y extranjeros. Durante el gobierno de los emperadores, se agregaron otros magistrados, además de los pretores, como prefectos de ciudades, presidentes y magistrados provinciales. El magistrado romano tenía dos potestades: el *imperium*, es decir, la facultad de recurrir a la fuerza para imponer sus actos y la *iurisdictio* que era la de declarar el derecho, o mejor de administrar justicia.

Como nos describe Fernández de Buján

“...lo que sí parece evidente es que no sólo los cónsules, sino también otros magistrados provistos de *imperium* y, tendrían competencia para intervenir en la *legis actio*, dado que el magistrado investido del *imperium* por la *lex curiata* podría, en pura teoría, realizar actos de *iurisdictio*, en cuanto que ésta era consecuencia o expresión de *imperium* que le correspondía. Asimismo, la intervención de otros magistrados en manumisiones, adopciones, emancipaciones, etc., se debía, en ocasiones, a una atribución legislativa de competencia a tales magistrados o bien era producto de una delegación de atribuciones realizadas por el titular del poder correspondiente” (2006, 16-17).

Según Wenger (1978), la *iurisdictio* es una de las formas en que se manifiesta el *imperium*. Este y aquélla guardan estrecha relación, tal como en el caso del *Praetor*, a veces la primera deriva del segundo, pero a menudo el *imperium* deriva de la *iurisdictio*. En el primer caso hay *extraordinaria cognitio*, por cuya virtud el *Praetor*, en vez de reenviar el juicio al juez competente, lo resuelve el mismo.

Vista así, la *iurisdictio* comprende cinco facultades:

a) *Ius edicendi*, o derecho de dictar edictos; b) *Ius iudicari*, derecho de otorgar un juez a las partes; c) *Ius iudicandi*, derecho a juzgar por sí mismo todo el proceso sin enviar las partes al juez; d) ciertas atribuciones especiales, así como presidir el *consilium* (cuerpo asesor) en los casos de nombramientos de un tutor de manumisión por justas causas y de ceremonias en las apuestas de *sacramentum*, etc.; e) participación en ciertos actos como la *vindicatio*, *in integrum restitutio*, emancipación, adopción, etc.

¹⁰⁰ Un punto de partida seguro en la historia de la *iurisdictio* lo constituye la creación de la magistratura del *praetor urbis* con funciones jurisdiccionales, por las *Leges Licinia Sextiae* del año 367 a.C. tradicionalmente se admite que los cónsules habrían perdido, con la creación de la Pretura, la jurisdicción contenciosa, y conservaría la jurisdicción voluntaria.

Al principio, la función de administrar justicia era facultad inherente a la condición de magistrado, no existía un poder judicial autónomo, pues los romanos consideraban que entre las funciones administrativas estaba implícita la de juzgar. Se atribuye a Servio Tulio la división entre cuestiones públicas, cuya decisión se reservaba al Rey, y las privadas que eran delegadas a jueces particulares.

Tomando en cuenta estas facultades de la *iurisdictio*, en la actualidad para abordar el estudio del derecho procesal, se debe considerar, sin sombra de duda, primeramente los problemas desde el punto de vista del Estado que administra justicia, y a partir de la noción de *iurisdictio*; es decir, de la noción de aquella potestad o función (llamada jurisdiccional o judicial) que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales.

Como ya se ha advertido, en cuanto al concepto de *iurisdictio* no es posible dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y todos los pueblos, dificultad ésta que se evidenció en la Roma clásica y luego en la Roma justiniana. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor eventual, que no puede ser determinado sino en relación con un cierto momento histórico¹⁰¹. Actualmente, en las principales legislaciones de la Europa continental, tal como lo expresa Calamandrei (1997), el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de la legalidad; y el nuevo código de procedimiento italiano pretende ser precisamente una reafirmación de la jurisdicción como complemento e instrumento de la legalidad.

Si el fin primordial del Estado es mantener el orden en la sociedad, regula con tal objeto la convivencia de los coasociados estableciendo el derecho objetivo, esto es, las normas a las cuales los particulares deben ajustar su conducta. Los coasociados encuentran, pues, ya formulada exteriormente a ello esta voluntad superior del Estado, que les ordena tener una determinada conducta y exige sea obedecida a toda costa.

¹⁰¹ Iguales problemas entre magistrados e instituciones públicas nos relata Aulo Gelio en sus Noches Áticas, o se reflejan en el juicio a Jesús de Nazaret, en este último caso en sentido negativo, es decir, negando el magistrado de Roma, Poncio Pilatos, ser competente para tomar una decisión, que declinaba en favor de las autoridades locales. En todos estos supuestos, que sólo difieren entre sí unas décadas, encontramos un elemento común, las discrepancias existentes entre diversos magistrados, que cuentan con competencias jurisdiccionales concurrentes sobre un determinado lugar y población (Robles, 2003).

La formulación de esta voluntad puede variar, de acuerdo con el lugar y el tiempo. Si observamos, bajo un aspecto puramente empírico, en qué forma puede manifestarse externamente la voluntad del Estado dirigida a mantener el orden en la sociedad, esto es, a regular la conducta de los coasociados en sus recíprocas relaciones, vemos que todos los sistemas de producción del derecho, los mecanismos, por decirlo así, a través de los cuales el derecho (cualquiera que sea, en el orden filosófico, su origen ideal y su justificación racional) aflora y se revela a los hombres, se pueden, simplificando, reducir a dos: el que se puede llamar de la formulación para el caso singular y el que se puede llamar desde la formulación por clases o también de la formulación legal.

Conforme el primer sistema, que quizá en el que históricamente se inicia la actividad jurídica del Estado, Ley de las XII Tablas, (ya que, históricamente, el juez nace antes que el legislador), la autoridad no interviene para regular la conducta de los súbditos en tanto entre ellos no haya surgido concretamente algún conflicto. Sólo cuando surge un conflicto de intereses individuales que amenaza turbar la convivencia social, el Estado interviene como pacificador y dicta, caso por caso, el derecho que debe servir en concreto para regularlo y, en el mismo momento, lo hace acatar, si es preciso, empleando la fuerza.

En constante pugna a este método de formulación de derecho para el caso singular (que predomina en las épocas primitivas y en los períodos revolucionarios), la civilización occidental ha preferido, desde hace milenios el sistema de la formulación legal. En lugar de esperar a que se presente la urgencia del regular una relación singular ya producida, el Estado prevé, mediante un proceso de abstracción basado sobre el *quod plerumque accidit*, las típicas relaciones interindividuales en las cuales sea menester una intervención de la autoridad para mantener el orden, y hacer saber anticipadamente, en el caso de que una de estas manifestaciones típicas, abstractamente formuladas como hipótesis, se produzca, cuál será la conducta que los coasociados deberán observar y cuál de las partes en conflicto será asistida por la fuerza del Estado. Éste anuncio de fuerza, este programa de acción que el Estado se propone desarrollar, con constancia y uniformidad, todas las veces que entre los coasociados se verifiquen ciertas situaciones de hecho, es la ley; la cual

–precisamente porque contiene, respecto de quien llegare a encontrarse en determinadas situaciones, una promesa de ayuda para una parte y una amenaza de represión para la otra–, constituye una sugerencia y una dirección dada a la voluntad de los coasociados, en cuanto los mismos, sabiendo anticipadamente cuáles serán las consecuencias de su actuación podrán, conscientemente determinarse y asumir en concreto las responsabilidades jurídicas de su conducta.

Entre los dos métodos de formulación del derecho la diferencia se puede resumir, pues, en la forma siguiente: que en tanto en el sistema de la formulación para el caso singular el derecho se manifiesta en forma de mandato concreto e individualizado, dirigido al individuo que se encuentra en una situación de hecho ya actual, en el sistema de la formulación legal el derecho se manifiesta en forma de leyes, es decir, de mandatos abstractos y generales, dirigidos de modo indeterminado a todos aquellos que en el futuro pueden hallarse en una situación de hecho, formulada anticipadamente, en hipótesis, como probable. Métodos estos que nos ayudarán sin duda a esclarecer la utilidad del arbitraje como medio de resolución de conflictos en las sociedades controvertidas.

4.1.1.- Diferentes clases de *iurisdictio*

Correspondió al esfuerzo de los post-glosadores¹⁰² la obra de dividir y sistematizar las diferentes clases de *iurisdictio* que en limpio contenido, pero en forma imperfecta, conocían los romanos. Así, la *iurisdictio* podía ser voluntaria o contenciosa; plena o *minus* plena; ordinaria o extraordinaria; retenida o delegada: propia o prorrogada.

4.1.1.1.- *Iurisdictio voluntaria* y *iurisdictio contentiosa*. Por efecto de la jurisdicción voluntaria¹⁰³ el magistrado decide cuestiones que le son sometidas por las partes, de mutuo acuerdo y en forma pacífica, sin choque de intereses en forma de litigio. Se

¹⁰² Quienes tenían una mayor preocupación por la aplicación práctica del Derecho romano, entre ellos: Jacques De Revigny, Pietro de la Bellapértica, Cino de Pistoia. El post glosador Bartolo de Sassoferrato (1357) dice: “los textos romanos no son ídolos a los que se deba adorar, sino instrumentos de los que el jurista se debe servir para resolver casos prácticos”.

¹⁰³ La expresión *iurisdictio* voluntaria aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extra jurídicas en el Libro I de las *Institutiones* de Marciano, y su mención se encuentra recogida en D.1.16.2 pr.-I: «Todos los procónsules una vez que han salido de la ciudad tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo pueden manumitir, emancipar o adoptar». ...«Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción».

llama voluntaria porque las personas se presentan espontáneamente a pedir la intervención del magistrado, sin quedar obligadas a concurrir delante de él. Se reconocían dos clases de actos de jurisdicción voluntaria: solemnes y no solemnes. En los primeros, debía cumplirse escrupulosamente las formalidades establecidas en forma ritual y sacramental por las acciones de la Ley, y eran: la manumisión, la adopción, la emancipación y la *in iure cessio*. Los no solemnes carecían de formalidades y eran la *missio in possessionem bonorum*, nombramientos de tutores y curadores, etc.

Es asimismo probable que se haya llegado a considerar de *iurisdictio* voluntaria la participación del magistrado ejercida *in volentem*, es decir, en atención a la voluntad de una parte, así como señaladas actuaciones realizadas por determinados funcionarios públicos, y por los tabeliones, que constituyen como es sabido el precedente romana más inmediato de los actuales notarios. La adjetivación de la *iurisdictio* como voluntaria ha sido criticada prácticamente por toda la doctrina humanística que se ha ocupado de este tema, y la polémica sobre la bondad de la denominación se plantea asimismo en el Derecho moderno¹⁰⁴.

La jurisdicción contenciosa, al contrario, implicaba un choque de intereses privados, de carácter moral o económico que podía ser resuelto por el juez o jurado, previa comparecencia ante el *praetor*. Es involuntaria o forzada porque el demandado debe concurrir al tribunal so pena de perder el litigio por exponerse a perder facultades y facilitar su defensa. Para evitar la justicia por sí mismo y la autodefensa, se impone el deber de ocurrir a la autoridad judicial en demanda de justicia. Todas las controversias entre litigantes corresponden a esta clase de jurisdicción.

La referencia a la calidad de contenciosa aplicada a la jurisdicción se encuentra en una cita de Marciano (D.1.16.2.pr.1), que no profundiza en cuanto al carácter de la *iurisdictio*, sino que hace referencia al hecho de la actitud litigiosa de los

¹⁰⁴ Para Solazzi el significado de la expresión *iurisdictio* voluntaria es el que ha sido puesto de relieve por la glosa y posteriormente recogido por todos los intérpretes: *contentiosa dicitur quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur quae inter volentes tantum*. Para este autor, el bizantinismo e incorrección de la expresión romana está en la atribución de la voluntariedad al sujeto activo del poder, y no a los sujetos pasivos, que es a quienes verdaderamente corresponde. En opinión de De Martino, el término *voluntarius* califica el acto como libre y espontáneo, mientras que añadido a *iurisdictio* el adjetivo, un significado diverso y desafortunado, dado que los actos en los que el magistrado interviene no son voluntarios, sino que constituyen un deber para él. Por su parte, Di Blasi considera desacertada la expresión *iurisdictio voluntaria* en atención a que los juriconsultos romanos no habían considerado como *iurisdictio* la participación de los magistrados en los negocios privados por más que se hayan perfeccionado mediante *legis actiones* (Fernández de Buján, 2006, 28).

contratantes. Históricamente, nos dice Dupuy-Montori (2006), las diferencias con la *iurisdictio voluntaria* sólo las encontramos en la casuística de su ejercicio, ya que hasta el período Justiniano se desarrollaron ante el mismo funcionario. Por consiguiente, la distinción es meramente descriptiva de la actitud de los contratantes a pesar de que la calidad de la relación jurídica protege intereses de distinta forma: en la *contentiosa*, en situación de excepción, por ser el litigio por principio una situación anormal, de excepción y de conflicto, mientras que en la *voluntaria*, en situación de normalidad, por ser la forma común de ejercicio de la *iurisdictio* al formalizar la infinidad de acuerdo de voluntades que se presentan en la vida diaria.

El analizar los aspectos diferenciales entre ambas jurisdicciones, es una tarea que la pandectística la ha referido con frecuencia, tal como lo menciona Cuenca (1957):

“a) El magistrado puede intervenir en las cuestiones de jurisdicción voluntaria en el teatro, en su casa o en cualquier otro lugar; en la contenciosa sólo en el recinto del tribunal; b) La preferencia de los *lictors* con sus hachas es obligatoria en la contenciosa o innecesaria en la voluntaria; c) el magistrado puede actuar en la voluntaria aún fuera del territorio de su jurisdicción, lo que le está prohibido en la contenciosa” (3).

Cabe señalar que, en la época clásica, las diferencias entre los actos de *iurisdictio* contenciosa y *iurisdictio* voluntaria, probablemente no se realizó una distinción sistemática entre actos de jurisdicción contenciosa y actos de jurisdicción voluntaria, pero si se concretaron una serie de disposiciones especiales respecto de determinadas actuaciones del magistrado, que constituirían un elemento de identificación, por una parte, y de diferenciación, por otra, entre aquellos supuestos de *iurisdictio* en los que había un proceso que se tramitaba con arreglo a las formalidades establecidas, y que cabría denominar, con Marciano, supuestos de *iurisdictio* contenciosa, y aquellos otros que no requería para su formalización el cumplimiento de algunos requisitos característicos de la *iurisdictio contentiosa*, y que Marciano califica de *iurisdictio voluntaria*.

Esta dicotomía entre ambas *iurisdictia* ha sido objeto de numerosas interpretaciones y comentarios diferenciadores, uno de ellos nos lo ofrece Calamandrei al sostener que

“...en el lindero entre la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada *iurisdictio voluntaria*; la cual, aún siendo función sustancialmente administrativa, es

subjetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de *iurisdictio*, si bien acompañado con el atributo de *voluntaria* que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia *iurisdictio*, la cual, a su vez, se designa, en tal contraposición, como *iurisdictio contentiosa*. Esta llamada la jurisdicción voluntaria (que acaso deriva su nombre tradicional de la función, un tiempo atribuida a los jueces, de documentar, como hacen hoy los notarios, los acuerdos entre contratantes *inter volentes*) constituye uno de los casos más críticos del fenómeno, por el cual, órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía, ejercen, por excepción, funciones que sustancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes: aquí, en el caso de la *iurisdictio voluntaria*, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos. En sustancia, pues, la contraposición entre *iurisdictio voluntaria* y *iurisdictio contentiosa* tiene este significado: que sólo la *iurisdictio* llamada *contentiosa* es *iurisdictio*, mientras la *iurisdictio* llamada *voluntaria* no es *iurisdictio*, sino que es administración ejercida por órganos judiciales” (1997, 27-28).

4.1.1.2.- *Iurisdictio plena* y *Iurisdictio minus plena*. La *Iurisdictio plena* correspondía a los altos magistrados y ella no tenía más límites que el territorio, con la única excepción del Emperador cuyo poder se extendía a todo el imperio. Según Wenger, tenía la *Iurisdictio plena* todos los magistrados investidos de *ius iudicandi*, es decir, aquellos que tenían el derecho de pronunciar una sentencia ya sea personalmente o delegando sus funciones. Era el ejercicio de la jurisdicción en toda su plenitud e integridad, con todos los atributos, sin límite en cuanto al valor de la demanda ni a la materia de la controversia. En cambio, los magistrados inferiores de la misma manera que los municipales no sólo estaban limitados por la competencia territorial sino también por la cuantía y la materia, puesto que eran incompetentes para conocer ciertos asuntos atribuidos a los superiores, *verbi gratia*, el poder acordar la *restitutio in integrum*, la *bonorum possessio*; y en ciertos casos la *cautio damni infecti*; no podían ejecutar su sentencia sobre las personas ni sobre las cosas por préstamos de dinero mayores de 15.000 sestercios ni nombrar tutores; sólo podían imponer castigos ligeros a los esclavos y podían ser citados en justicia durante el ejercicio de sus funciones. Los magistrados superiores tenían, pues, la *iurisdictio plena* y los inferiores o municipales, la *minus plena*.

4.1.1.3.- *Iurisdictio ordinaria* y *Iurisdictio extraordinaria*. En el derecho clásico en el que regía el sistema de la fórmula, el *Praetor* en la mayoría de los asuntos, después de oír a las partes entregarles la "fórmula", las envía delante de un juez o de un jurado, que investigue la verdad de las afirmaciones en cuanto a los hechos y aplicar el derecho conforme a la hipótesis planteada en la fórmula. En la jurisdicción ordinaria el magistrado se limita a orientar el debate, pero no dicta la sentencia. En cambio, cuando en vez de enviar a los litigantes delante de un juez o jurado, él mismo decide la controversia, tanto en su forma como en su fondo, por lo que se refiere al hecho y al derecho, se dice que actúa en jurisdicción extraordinaria. Este fue el sistema más antiguo, pero sólo se aplica a algunos asuntos y debido a la eficacia que obtuvo en la práctica, por la brevedad y celeridad acabó por imperar y más tarde, Diocleciano lo convirtió en sistema ordinario de administración de justicia con el nombre de *cognitio extra ordinem*, como veremos más adelante.

4.1.1.4.- *Iurisdictio* retenida y delegada; propia y prorrogada. La primera corresponde a los magistrados por el carácter mismo de sus funciones; pero ellos pueden delegarla toda o en parte, para uno o varios asuntos, en jueces inferiores y aún en particulares. El magistrado puede, por ejemplo, delegar en un funcionario municipal el recibir una *cautio*, reservándose disponer sobre los otros puntos de la controversia. Los actos de jurisdicción voluntaria son indelegables, así como también ciertas cuestiones en materia penal. Al crecer la población se hizo escaso el número de jueces y era físicamente imposible el que pudieran atender a todos los litigios. Además, limitada al principio la recusación a casos muy raros, los magistrados acostumbraban por decoro personal eximirse de conocer ciertos litigios en que pudieran tener interés, odio o amistad, con alguna de las partes. Este fue el origen de la jurisdicción delegada.

Por último la jurisdicción puede ser también propia cuando se ejerce dentro de la competencia territorial y corresponde conforme a la ley; puede ser prorrogada, es decir, extendida de mutuo acuerdo por los litigantes que prefieran someter su controversia a un juez distinto del lugar del demandado, o bien porque éste se someta a otra jurisdicción territorial al no rechazar la que le sea propuesta.

Una vez que se conocen los tipos de *iurisdictio* en el Derecho romano, considero de importancia resaltar, que en las diferentes etapas la misma constituyó la primera función propia de determinados magistrados. Así, en la Monarquía la *iurisdictio* correspondía al rey y, en la práctica, a los magistrados en quienes éste delegase su competencia. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sus titulares actuarían asesorados por los juristas-sacerdotes, expertos en materia jurídica, que formarían parte del Colegio Pontifical. En la República la *iurisdictio* habría formado parte del poder global, *imperium*, que se atribuiría a los magistrados supremos ordinarios, cónsules, o extraordinarios, *interrex*, *dictator*, *decemviri legibus scribundis*, etc.

La atribución específica de la competencia en materia de *iurisdictio* a los pretores urbanos en el 367 a.C. y a los pretores peregrinos en el 241 a. C., supone un avance sustancial en el lento proceso de conformación de la potestad jurisdiccional, que encuentra en la creación de la *pretura*¹⁰⁵ uno de sus hitos originarios. En los municipios y colonias se reconoce la competencia, en la mayoría de los asuntos litigiosos y hasta una determinada cuantía, a magistrados locales, así como a magistrados que actuaban por delegación de los rectores, *praefecti iure dicundo*. A estos magistrados locales, les habrían precedido los *duoviri* y los *quattuorviri iure dicundo* que eran dos o cuatro, de ahí su denominación y tenían atribuida la competencia jurisdiccional: decir el derecho, *iure dicundo*. En las provincias, el grado

¹⁰⁵ La organización de la República, suspendida por la autoridad pasajera de los Descenviros y amenazada por las despóticas pretensiones de Apio Claudio, volvió a tomar su carácter antiguo, eligiéndose de nuevo Cónsules y Tribunos de la Plebe. Estos, cuya mira constante era realizar las aspiraciones del pueblo, no tardan en pedir su participación en el Consulado; y queriendo descartarse de esta pretensión, el Senado establece en lugar de los Cónsules los tribunos militares, y contrabalancea su pérdida con la creación de la Censura. Viene luego ésta a ser accesible al pueblo, y los patricios se apresuran a crear dos nuevas magistraturas, la de los Pretores encargados de administrar justicia y dirigir el gobierno en ausencia de los Cónsules, y la de los Ediles Curules. La reserva que de estas dignidades habían hecho los nobles desaparece pronto, y el plebeyo Publicio Philo, que había ya ejercido los cargos de cónsul y dictador, es nombrado *Praetor* en 416 a. C. Por una serie de concesiones arrancadas del Senado en favor de la plebe, es de consiguiente cómo se crean los Pretores, magistrados mayores o del pueblo romano cuyo número aumentó o disminuyó según los tiempos. Pero no se presume que todas estas nuevas dignidades, inventadas por los patricios para retener cuanto pudieran su poder e influencia, fueron debidas a su solo capricho sin consultar para nada la necesidad o utilidad públicas; puesto que al establecimiento de todas ellas presidió alguna causa más o menos legítima y que más o menos exigían las circunstancias: así, fijándonos en la que más específicamente nos ocupa, y por lo que hace al gobierno político, vemos que por ella se descarga a los Cónsules de las funciones encaminadas a la administración de justicia, a la que no podían atender el aumento de la población y por tener que dirigir sus miradas a Roma, mandando los ejércitos y marchando con ellos a llevar a cabo nuevas conquistas para acrecentar más y más el dominio de la República. Cambian los tiempos y con ellos el orden civil cambia también: ya no existe aquella subordinación ciega de la plebe a la aristocracia: los ciudadanos de Roma ya no están completamente separados de los pueblos vecinos: sus relaciones se extienden a los pueblos extranjeros, a causa de las nuevas conquistas y de la afluencia de los mismos a la capital del mundo: se aumenta la población y con ella las necesidades crecen: se hace necesaria la creación del pretor de la ciudad, *Praetor urbanus*, y del y del pretor de los extranjeros, *Praetor peregrinus*, más tarde, para administrar justicia (De Barnola-Verdaguer, 1860, 142).

superior de competencia correspondía al gobernador¹⁰⁶, *praesides*, y a sus delegados, *legati*.

En la época correspondiente al procedimiento o *cognitio extra ordinem*, así denominado por el hecho de que los asuntos litigiosos se sustancia donde forma diferente a los trámites propios del proceso ordinario o formulario, la principal novedad que se produce es la desaparición de la tradicional impartición del proceso en dos fases: *in iure* y *apud iudicem*. En la *cognitio extra ordinem*, nos lo señala Fernández de Buján (2006), toda la tramitación desde que se inició el pleito hasta que se dicta la sentencia y, en su caso, se dificulta, se sustancia ante un magistrado, representante del Estado. Paulatinamente, desde su total asunción un procedimiento único, en todo el territorio del imperio, por una constitución de Constantino y Constante, en el año 342 d.C., se produce un proceso de profesionalización y funcionarización de la justicia, en detrimento de la participación directa de los *cives*, como jueces, en la actividad jurisdiccional.

De forma particularizada ejercen *iurisdictio* en esta época, de forma jerarquizada, magistrados municipales, gobernadores provinciales, *vicarii* de las diócesis, prefectos, con competencia específica, *urbi, praetorio, annonae, vigilium*, etc, y en última instancia, el emperador, que acabó acaparando todos los mecanismos de realización de la justicia.

En el Principado, el príncipe asumió la confección de la lista de jueces. El juez unipersonal se denomina *iudex*. En determinados supuestos previstos legalmente, en especial cuando es necesario realizar una valoración estimativa, *aestimatio*, se elige un árbitro, *arbitrator*. Cabe asimismo que el órgano, tribunal o jurado, se ha colegiado, *collegium*, en cuyo caso está compuesto por un número variable de jueces que pueden ser o no permanentes y tienen competencia en asuntos específicos. Cabe destacar al efecto los tribunales de *recuperatores, centumviri, decemviri stlitibus iudicandis* y *tres viri capitales*. Pues bien, son el juez o jurado o árbitro, y no los magistrados, quienes valoran y deciden la cuestión controvertida, mediante su

¹⁰⁶ Sea cual fuere su rango, o en su nombre el cuestor, ejercía tanto la *iurisdictio* civil como la penal, entre los ciudadanos romanos y también entre los peregrinos, en tanto llegaban a él estos procesos en virtud del estatuto provincial (*leges provinciae*) o por su arbitrio (Kunkel, 2003).

opinión o parecer, no motivado, denominado *sententia* o, en el caso del arbitraje, *aestimatio*.

4.1.2.- Esencia de la *iurisdictio* de los magistrados y su significado para la evolución del Derecho privado

Ius dicere quiere decir, literalmente, lo mismo que *iudicare*. Pero mientras que esta palabra, lo mismo que la expresión alemana “*Rechtsprechen*”¹⁰⁷ (decir derecho), se refería a la decisión de una controversia jurídica mediante una sentencia, los romanos designaban con *ius dicere* y con el término de él derivado, *iurisdictio*, la actividad del magistrado jurisdiccional, el cual no daba él mismo la sentencia, sino que tenía únicamente la función de dirigir el proceso; más aún, sólo la de introducirlo. En la época republicana y en el procedimiento ordinario de la época del principado daban siempre la sentencia jueces privados.

La forma más antigua de tribunal romano fue, probablemente un colegio de jueces privados, presididos por el propio magistrado o por uno de sus representantes. Este tipo de tribunal se mantuvo en el derecho penal hasta la época del imperio. Es así como Kunkel reitera que

“...también para litigios de derecho privado sobre objetos de mucho valor (principalmente herencias) existía aún a comienzos del siglo II d.C. el tipo de tribunal de jurados, el “Tribunal de los Ciento” (*centumviri*), cuya remota antigüedad viene acreditada por el hecho de que solamente en él se clavaba el viejo distintivo de la soberanía en tal, una lanza de madera (hasta), y que el procedimiento ante él siguió siempre vinculado a las formalidades del proceso de las *legis actiones*. En la época imperial este tribunal se reunía y sentenciaba aún bajo la presidencia de un magistrado. Sin embargo, a finales de la República, la inmensa mayoría de los procesos civiles no tenía lugar ante los *centumviro*s, sino, por regla general, ante un juez único (*sub uno iudice*), y en casos especiales también ante pequeños colegios de árbitros (*arbitri*) o ante los llamados recuperadores (*recuperatores*)¹⁰⁸; todos ellos actuaban sin la dirección de un magistrado. Al magistrado jurisdiccional lo único que le incumbía era tramitar un proceso introductorio en el que tenía que decidir la admisibilidad de la acción y determinar el juez o jueces ante los que se iba a desarrollar el litigio” (2003, 95).

¹⁰⁷ Tal como lo menciona Kunkel Wolfgang.

¹⁰⁸ El curioso nombre de estos jueces se explica teniendo en cuenta que estos colegios fueron creados primero como tribunales especiales para decidir sobre la recuperación de daños de guerra.

Es en el contenido jurídico de las XII Tablas¹⁰⁹, cuando esta peculiar configuración del Derecho civil arranca en los comienzos. Éstas conocían ya, para un círculo determinado de pretensiones privadas, una *legis actio* especial, llamada *per iudicis arbitrive postulationem*, porque su tramitación (vinculada a determinadas fórmulas orales), se llevaba ante el *praetor* con una petición del acusado de que se constituyera un “juez o árbitro”. Es de suponer que las múltiples ocupaciones de los magistrados fueran causa, relativamente pronto, de que la remisión de controversias privadas a jueces civiles o a reducidos colegios de jueces desbordará su primitivo campo de aplicación, hasta convertirse, por último, en regla general, y el viejo procedimiento judicial daba la presidencia del magistrado, en una rara excepción. La tajante división del curso del proceso en el estadio introductorio ante el magistrado (el proceso *in iure*) y la verdadera resolución ante el juez o jueces (*apud iudicem*) se fue convirtiendo, de este modo, en una nota característica del proceso civil romano, la cual sólo había de desaparecer con el procedimiento extraordinario en la época imperial.

Los jueces y árbitros, designados por el magistrado *in iure* normalmente a propuesta de las partes para decidir la controversia, eran ciudadanos privados que tenían que dar la sentencia en un litigio concreto, por haber sido nombrados para él. Pero estos jueces no eran meros árbitros, pues no habían sido llamados a su función por las partes, sino por el magistrado. En este sentido, el poder jurisdiccional del magistrado constituía también el fundamento del proceso *apud iudicem*; este poder otorgaba al fallo del juez (*sententia*) la autoridad estatal¹¹⁰. Si prescindimos de esta manifestación más bien formal del poder del magistrado, entonces, a primera vista, parece como si la influencia del magistrado en el desarrollo y desenlace del proceso fuera muy pequeña y, en realidad, es probable que así fuera mientras el procedimiento *in iure* estuvo dominado por el rígido formalismo de las *legis actiones*. Las partes debían recitar ante el magistrado la pretensión y la contestación a ella,

¹⁰⁹ En la Ley de la XII Tablas se menciona la actuación del árbitro en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* para obtener la división de la herencia; con posterioridad, la *Lex Licinia* de 210 a.C. amplió el procedimiento de esta acción a la división de la cosa común.

¹¹⁰ Es justo esta idea la que se quiere resaltar en esta investigación tomando en cuenta el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje que se llama *compromissum*. Formalizado el *compromissum*, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el *praetor* desde finales del siglo II a.C. mediante un *edictum de receptis*, de modo que si bien el *praetor* no puede obligarle a dictar sentencia, sí puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo.

respectivamente, según formularios, cuyo tenor se apoyaba estrechamente en las prescripciones correspondientes de las XII Tablas y de algunas leyes populares posteriores. El magistrado difícilmente hubiera podido negarse a dar juez a una acción interpuesta de este modo, cumpliendo los requisitos de forma.

Pero este estado de cosas cambió al surgir junto a las *legis actiones* otra forma de procedimiento *in iure*, en la que se desarrollaba una tramitación libre ante el magistrado en vez de la afirmación y negación solemnes. Desde este momento, las partes podían presentar pretensiones y excepciones que no estuvieran comprendidas en ninguna de las *legis actiones*. Más aún, el magistrado, libre del formalismo de las *legis actiones*, para basar su decisión sobre el reconocimiento de un juez, podía apoyarse en una valoración de lo que aportaran las partes. El magistrado podía también prescribir al juez en qué sentido tenía que estudiar el caso en cuestión y cómo debía decidir. Así, de hecho, el magistrado vino a ocupar una función clave en el curso de todo el proceso, aunque él, lo mismo que antes, sólo ejerciera la función de introducir el proceso.

El decreto sobre la concesión de un juez (*dare iudicem o iudicium*) y sobre su función de condenar al demandado (*condemnare*) bajo ciertas condiciones y de “absolverlo” (*absolvere*) faltando éstas, lo daba el magistrado oralmente al terminar la tramitación *in iure*. Correspondía a las partes fijar en el documento el tenor de este decreto. Para ello, antes de que se notificara el decreto, reunían testigos para que garantizaran con su sello los escritos de las partes. Debido a esta innovación de testigos, se llamaba a todo el acto que cerraba el procedimiento *in iure*, *litis contestatio*, “testificación del litigio” (siendo el núcleo de este el decreto del magistrado). Con referencia al decreto mismo, se hablaba simplemente de *iudicium dare*¹¹¹.

Así se comprende que Gayo, jurista del siglo II d.C., al que debemos, en lo esencial, nuestros conocimientos sobre la historia del proceso civil romano, viera la nota esencial de este tipo de procedimiento precisamente en el “litigar con fórmulas

¹¹¹ Con certeza se hace referencia a éste, según el cual, por regla general, su tenor seguía determinados modelos de formularios que se daban a conocer en el *edictum* del magistrado correspondiente; de ahí que las partes procesales se encontrarán en situación de referirse a estas fórmulas en sus peticiones al magistrado. Los principales asuntos a tratar en la fase *in iure* eran: cuál iba a ser el formulario, en qué se apoyaría el decreto constitutivo del proceso y en qué sentido había que modificarlo, teniendo en cuenta los datos que aportaban las partes y, en especial, el demandado.

procesales¹¹² (*litigare per concepta verba, id est per formulas*). De acuerdo con él, la ciencia moderna habla de *proceso formulario*. Pero es probable que las fórmulas más antiguas estuvieran ya en uso en los procedimientos de *legis actiones* más recientes (es decir, en las *legis actiones per iudicis postulationem* y *per conductionem*). La verdadera innovación pródiga en fecundas consecuencias, que trajo consigo el llamado proceso formulario, no fue el nacimiento de las fórmulas procesales, sino la liberación del procedimiento *in iure* de las ataduras de los formularios orales, prescritos legalmente por las acciones de ley. Es lícito suponer que, en un principio, sólo se admitió la tramitación *in iure*, libre de formas, en los casos en que se hacía valer una pretensión y se debía conceder un remedio jurídico para los que no existiera una *legis actio* adecuada. En otras palabras, esto quiere decir que el proceso formulario surgió íntimamente enlazado con la extensión de la protección procesal más allá del círculo de las relaciones jurídicas reconocidas por el antiguo *ius civile*. Esta extensión tuvo lugar, por primera vez respecto a las pretensiones procedentes de compraventa, de arrendamientos de cosas, obras y servicios, de sociedad y mandato, contratos éstos que no necesitaban de forma alguna para su perfección, tal como lo describe *in extenso* Carames-Ferro en su texto (1952). Parece evidente que estas pretensiones no podían reclamar en el procedimiento de las acciones de ley mientras las prestaciones convenidas no estuvieran, además, aseguradas especialmente mediante negocios obligatorios formales. Ahora bien, cuando en el siglo III o comienzos del siglo II a.C., se sintió la necesidad de reconocer la fuerza obligatoria en estos contratos, como tales, el pretor, basándose en la tramitación *in iure* sin formas, concedía un *iudicium* con una fórmula procesal, que indicaba a los jueces privados que juzgarán las pretensiones del demandante según las normas de fidelidad contractual (*bona fides*) y no según el derecho estricto

¹¹² La extraordinaria importancia adquirida por la *jurisdictio*, aproximadamente desde fines del siglo III a. C., en la evolución del Derecho privado romano, debe haber quedado de manifiesto con los ejemplos que nos han ayudado a comprender la técnica de creación jurídica de los magistrados. Hemos visto cómo fueron reconocidas numerosas pretensiones que eran totalmente ajenas al viejo *ius civile* y cómo fue corregido el propio Derecho civil con el no uso de normas anticuadas y cómo se mitigó su rigor al admitir nuevas excepciones. De este modo se acomodó el derecho a las exigencias que planteaba la evolución económica y una conciencia jurídica orientada hacia los principios de la lealtad (*fides*) y de la equidad (*aequitas*), todo ello sin que necesitara de una gran cooperación del factor legislativo, sino únicamente a través de la práctica judicial. Formalmente, este gigantesco proceso fue obra de una larga sucesión de magistrados anuales, entre los que sólo algunos, casualmente, sabían más Derecho romano que el ciudadano medio de la época. Ahora bien, veremos cómo tras las decisiones de estas personas se encontraban los dictámenes y consejos que daban los juristas más salientes, tanto a las partes litigantes como a los propios magistrados jurisdiccionales.

legal. Así surgió un grupo de pretensiones de buena fe, que tuvo una importancia decisiva para la vida económica y que dio al Derecho romano de obligaciones un carácter completamente diverso (Kunkel, 2003).

Por último, el proceso formulario se impuso también en el campo de las viejas acciones civiles. Una *Lex Aebutia* –con toda probabilidad, del siglo II a.C., sin que sea datable más exactamente– lo permitió en lugar del proceso de las acciones de ley, quizá sólo para ciertas pretensiones. La reforma judicial de Augusto significó el triunfo definitivo del proceso formulario. Desde la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a.C.), sólo se emplearon ya las fórmulas orales de las acciones de ley en pocos casos especiales, y sobre todo, para incoar el proceso ante el tribunal de los *centumviro*s.

La extraordinaria importancia adquirida por la *iurisdictio*, aproximadamente desde finales del siglo III a.C. en la evolución del Derecho privado romano, debe haber quedado de manifiesto con los ejemplos que nos han ayudado a comprender la técnica de creación jurídica de los magistrados. Hemos visto cómo fueron reconocidas numerosas pretensiones que eran totalmente ajenas al viejo *ius civile* y cómo fue acogido el propio Derecho civil con el no uso de normas anticuadas y cómo se mitigó su rigor al admitir nuevas excepciones. De este modo se acomodó el derecho a las exigencias que planteaba la evolución económica y una conciencia jurídica orientada hacia los principios de la lealtad (*fides*), y de la equidad (*aequitas*), todo ello sin que necesitará de una gran como operación del factor legislativo, sino únicamente a través de la práctica judicial. Formalmente, este gigantesco proceso fue obra de una larga sucesión de magistrados anuales, entre los que sólo algunos, casualmente, sabían más Derecho romano que el ciudadano medio de la época. Ahora bien, veremos cómo tras las decisiones de estas personas se encontraban los dictámenes y consejos que daban los juristas más salientes, tanto a las partes litigantes como a los propios magistrados jurisdiccionales.

4.1.3.- Jurisdicción de equidad y de derecho: Principio de legalidad

Es menester, a mi juicio, darle al estudio de la *iurisdictio*¹¹³ una visión post justiniana, valga decir, un viraje actual, tal como lo hacen Carnelutti, Calamandrei, Couture, Carrara, Bonnacase, entre otros, a los fines de tener una concepción más ajustada al fin pretendido, en búsqueda de la resolución de conflictos de manera alternativa, tomando en cuenta la *iurisdictio* de un *arbiter*. Dependiendo que predomine uno u otro método de formulación del derecho, será diversa en el Estado, la posición del juez y por consiguiente, el contenido de la función jurisdiccional. Un código en el cual predomine el método de la formulación del derecho para el caso singular, el juez, en el momento en que es llamado a hacer justicia respecto de una relación concreta controvertida, no encuentra frente a él una norma preconstituida de la cual pueda lógicamente deducir, en forma individualizada y precisa, el mandato ya potencialmente contenido en la voluntad, abstractamente manifestada, por el legislador. En este sistema, al juez no le es posible inquirir los criterios de su decisión en una ley que no existe, debe directamente extraerlos de su conciencia o, como se dice también, de su sentimiento de *equidad natural*. Pero esto no implica que el juez goce de la libertad de decidir según su albedrío; significa solamente que al juez se le confía el oficio de buscar caso por caso la solución que corresponda mejor a las concepciones morales y económicas predominantes en la sociedad en que vive y el de ser, por consiguiente, el intérprete fiel de las corrientes históricas de su tiempo. Fácilmente se comprende que, en semejante ordenamiento, la función del juez es, ante todo, una función de *creación* del derecho, es decir, una actividad prejurídica, y esencialmente política; el juez no aplica al caso concreto un derecho ya traducido en

¹¹³ En reiterados trabajos, tradicionalmente se ha atribuido a la *iurisdictio* cinco (05) elementos o componentes entre ellos Alsina, Hugo: a saber: *Notio, Vocatio, Coertio, Iudicium y Executio*:

NOTIO: Facultad de conocimiento o conocer un determinado asunto. Que, viene a constituir el derecho de conocer una determinada cuestión litigiosa, que se le presenta o que se le imponga o someta a conocimiento del juez; El poder de la "*notio*" facultad del juez para conocer la cuestión o acción que se le plantee. Por esta facultad del Juez se tiene que ver si es competente para conocer, si las partes tienen capacidad procesal, y medios de prueba; *VOCATIO*: Facultad de ordenar la comparecencia a las partes litigantes o terceros. Llamar ante sí a las partes. Es la facultad o el poder que tiene el magistrado (juez) de obligar a una o a ambas partes a comparecer al proceso dentro del plazo establecidos por nuestra norma adjetiva; esto necesariamente se realiza mediante la notificación o emplazamiento válido, es decir que dicho acto jurídico procesal debe de cumplir ciertas formalidades, solemnidades establecidas; En conclusión es la facultad de disponer la comparecencia o detención (captura) de alguna de las partes; *COERTIO*: Facultad de emplear medios coercitivos; poder de los medios necesarios para hacer que se cumplan sus mandatos. Consiste en hacer efectivo los apercibimientos (apremios) ordenados o el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso a efecto de hacer posible su desenvolvimiento y que pueden ser sobre personas o bienes; *IUDICIUM*: Poder de resolver. Facultad de sentenciar. Más que una facultad es un deber que tiene el órgano jurisdiccional de dictar resoluciones finales que concluyan el proceso: sentencias de mérito. poniendo fin de esta manera al litigio con carácter definitivo, es decir con el efecto de cosa juzgada; *EXECUTIO*: Llevar a ejecución sus propias resoluciones. Facultad de hacer cumplir las resoluciones firmes (2013).

fórmulas estáticas por el legislador, sino que realiza directamente, para encontrar la decisión del caso singular, un trabajo que se podría llamar, como lo denomina Calamandrei (1997), de *diagnosis política* de las fuerzas sociales que, en el sistema de la formulación legal, está realizado exclusivamente por los órganos legislativos.

Conforme al sistema de la formulación legal (a diferencia de lo que ocurre en la formulación para el caso singular) las fuerzas políticas de las que nace el derecho desembocan y actúan sobre los órganos encargados de formular las leyes, cualquiera que sea el nombre que los mismos reciban y cualquiera que sea la forma en que estén constituidos; son ellos, los órganos legislativos, los filtros que el ordenamiento del Estado prepara para decantar de las confusas y discordes aspiraciones del *ius condendum* la certeza positiva del *ius conditum*, que el juez debe aceptar sin discutirlo, sin poder comenzar de nuevo por su cuenta el trabajo de valoración política que ha sido realizado ya, por todas, por el legislador. En el sistema de la legalidad hay, pues, entre legislador y juez, una división de trabajo: todos los factores políticos deben ser llevados a la valoración de los órganos competentes para crear las leyes, no de los órganos, tales como en primer término los jueces, a los que corresponde solamente aplicarlas tal como son. En este sentido, está en vigor en el sistema de la legalidad (y no lo está en el sistema de la equidad) la separación entre justicia y política: al juez (y con mayor generalidad al jurista), no corresponde discutir la bondad política de las leyes; corresponde solamente en cuanto juez y en cuanto jurista, observarlas y hacerlas observar.

Con esto no se quiere decir que, en el sistema de la legalidad, la obra del juez pueda reducirse a un árido juego lógico, desconectado de las corrientes históricas de las que ha nacido la ley que aquél está llamado a aplicar. Como nos señala Calamandrei en relación a la *iurisdictio*, subraya que

“la actividad del juez tiene fines esencialmente prácticos, en cuanto está dirigida a determinar la conducta de los hombres y, en este sentido, aún en el sistema de la legalidad, es siempre actividad política; pero esta actividad práctica, y por consiguiente política, no puede consistir más que en proseguir fielmente los principios de los cuales han nacido las leyes que está llamado a hacer observar, en los límites en que estos principios han llegado a traducirse en la legalidad y a convertirse, en *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*. En otras palabras, al juez no le es lícito realizar sobre el derecho constituido las valoraciones críticas de *iure condendo*, con base en las cuales las mismas leyes

pueden ser calificadas de *justas o injustas*, según que correspondan más o menos aciertos ideales de justicia en sentido moral o social que se establecen como criterios de valoración de las mismas; desde un punto de vista estrictamente jurídico, calificar de injusta la ley puede parecer una *contradictio in adiecto*" (1997, 3).

La justicia que administra el juez es, en el sistema de la legalidad, la *justicia* en sentido jurídico, es decir, en el sentido más estrecho y menos opinable, de conformidad con el derecho constituido, independientemente de la correspondencia de éste con la justicia social. De suerte que, desde el Derecho romano se lee que el objeto del proceso es alcanzar una más alta justicia social, esta afirmación se entiende en coordinación con el principio de la legalidad, esto es, en el sentido de que el juez, al administrar *inmediatamente* la justicia en sentido jurídico, al hacer observar las leyes, viene con ello a traducir en la práctica *mediatamente* los ideales de justicia social en los cuales el legislador se ha inspirado al formularlos y al estatuirlos en el ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva moderna, y según lo expresado, aparece el alcance exacto de la contraposición, que todavía hoy se hace, entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho. La actividad del juez de equidad, que crea el derecho para el caso singular, es más compleja y más comprensiva que la del juez de derecho, que aplica al caso singular el derecho creado por el legislador: en el juicio de equidad, la creación del derecho y su aplicación al caso concreto tiene lugar en el mismo momento, con un acto único; en el juicio de derecho, el mismo camino se realiza en dos etapas, la primera por obra del legislador, la segunda por obra del juez; de suerte que se puede decir que la jurisdicción de equidad concentra en sí, actuando caso por caso, la función creadora del derecho que en el sistema de la legalidad está sustraída al juez y reservada al legislador.

Los ordenamientos jurídicos modernos permiten a los jueces decidir según equidad; pero la regla fundamental es que el juez debe ser el servidor de la ley y su intérprete fiel, en conformidad con la tradición romana: *magistratum esse legem loquentem*¹¹⁴. Las tendencias, que hoy se observan en alguna legislación europea, a ampliar los

¹¹⁴ Marcus: *Videtis igitur magistratus hanc esse vim ut praesit praescribatque recta et utilia et coniuncta cum legibus. Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, vereque dici potest, magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum.* En M. Tullius Ciceronis, *De Legibus, Liber Tertius*.

poderes del juez, y a dar crédito con gran retardo a las enseñanzas de la Escuela del Derecho Libre que tuvo gran éxito en Germania hace algunos decenios, no arraigan en Italia, donde el sistema de la legalidad, garantía de la unidad del Estado, de la certeza del derecho, de igual trato de los casos similares y de la libertad de los individuos dentro de los límites de la ley, se considera justamente como una de esas conquistas decisivas de la civilización, que delimitarán una etapa de la evolución humana y que no es posible abandonar sin retroceder hacia la barbarie.

Si en períodos de transición, en los cuales subsiste todavía formalmente en vigor el viejo derecho superado por los tiempos, puede ser útil conferir al juez poderes equitativos generales, sirviéndose de los cuales el mismo esté en condiciones de abrir el paso, entre las grietas de las viejas leyes, al nuevo derecho en formación, esta amplitud de poderes no es concebible tratándose de un juez llamado a aplicar una legislación joven que refleja, en cada uno de sus artículos, los nuevos tiempos; en tal clima histórico, al juez se le pide solamente que sea el sensible y fiel continuador de las directrices que se encuentran consagradas en la ley, y ni siquiera se concibe la idea de que, del sistema de la legalidad -según el cual el derecho se expresa en normas generales y abstractas que el juez está llamado a aplicar a los casos concretos- se pueda, retrocediendo a través de los milenios, volver a la justicia patriarcal del caso singular.

4.2.- La *Actio*: derecho de pedir en justicia lo que se nos debe

La acción es la facultad de recurrir a los tribunales competentes exigiendo el reconocimiento de un derecho discutido o negado. Las *Institutas* de Justiniano (IV, 6, pr.) la definían diciendo que es el derecho de pedir en justicia lo que se nos debe (*ius persequendi iudicio quod sibi debetur*) que son las palabras de Celso recogidas también en el Digesto (XLIV, 7, 51).

Siguiendo esta definición romana, la escuela francesa del derecho civil sostenía que no hay diferencia alguna entre la acción y el derecho subjetivo sustancia. La acción no es más que el mismo derecho subjetivo en su tendencia a la actuación; el derecho

subjetivo en movimiento. Expresándolo con una metáfora más literaria que científica, decían que la acción era *le droit casqué et armé en guerre*¹¹⁵.

Una variante de esta oposición Civilista se debe a Savigny, quien considera la acción como el aspecto particular que asume todo derecho como consecuencia de una lesión.

“La violación en nuestro derecho –dice Savigny– nos hace entrar en una nueva relación jurídica con el violador, la cual tiene por contenido la exigencia o pretensión de reparación de la lesión. Esta pretensión contra una persona determinada y a un acto determinado, tiene la misma naturaleza que la obligación. El ofendido y el ofensor se encuentran en ella en la misma posición en que están del acreedor y el deudor en la relación de obligación” (1893, 189).

La acción es, pues, un recurso judicial. Pero no el único. Otro remedio que el derecho acuerda para defender o sancionar una situación o un interés legítimo suelen no serlo en el sentido técnico de la *actio*. Tales son las *in integrum restitutiones*, los *interdicta*, etc. más aún, la falta expresa de acción no implica dar calidad de ilegítima a la relación no sancionada. Se sabe que las obligaciones naturales no acuerdan acción judicial, pero no es menos cierto que se mantiene el pago hecho y se niega su repetición (Arias, 1941, 529).

La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. Al respecto Couture (2007) sustenta que históricamente este derecho ha sido confundido con otros poderes jurídicos, o facultades a los que se confiere el mismo nombre. La doctrina, luego de una tarea que ya lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el Artículo 10¹¹⁶ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al

¹¹⁵ La ley con casco y los conflictos armados, que aparece en la magnífica obra del Curso de Derecho Civil francés de Aubry et Rau, 1869, en la que consideraban dos condiciones necesarias en cualquier acción: un derecho en sí, y una lesión de él. Si el primero falta, es inconcebible una lesión del derecho y, si falta la segunda, el derecho no puede asumir el particular aspecto de acción.

¹¹⁶ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público¹¹⁷. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que se rige en materia civil, la *iurisdictio* no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*. La palabra *actio* encuentra un contenido diferente a medida que transcurren sucesivamente los tres sistemas procesales romanos que estuvieron en vigor. En las acciones de la ley, es la recitación oral, de carácter sacramental, que los pontífices enseñaban a los litigantes y que éstos debían repetir fielmente ante el magistrado, ya que cualquier error o modificación en los términos implicaba la pérdida del litigio. En el sistema formulario la *actio* materializaba la demanda. Se ha dicho por la mayoría de los romanistas que la *actio* es la fórmula misma; pero de acuerdo con las investigaciones de Wenger, la acción residía en la *impetratio actionis*, es decir, en el poder de conceder o negar la fórmula que correspondía al *praetor*. Los litigantes seleccionaban la fórmula adecuada a la acción del formulario (*album*) que el *praetor* redactaba previamente y que en las tablas era fijado todos los años al comienzo del ejercicio de la pretura.

Cuenca que hace un estudio amplísimo del proceso romano, al referirse a la *actio* nos refiere que

“...nosotros diríamos más bien que la acción es el poder de solicitar la concesión de la fórmula, es decir, la *postulatio actionis*, puesto que dicha petición tenía la virtud de excitar la actividad jurisdiccional y obligaba al *praetor* a dictar una resolución verbal afirmativa (*actionem dare*) o negativa (*actionem denegare*). La acción, pues, para nosotros, consiste en este poder que se confiere al litigante de poner en movimiento el mecanismo pretorial, importando poco el resultado de la postulación. Así entendida, la *postulatio actionis* es distinta de la pretensión sustancial contenida en la *intentio* de la fórmula” (1957, 8).

Desde luego, los jurisconsultos romanos no advirtieron esta distinción; pero el hecho de que ellos, al menos en el formulario, nunca llegaron a confundir la fórmula con la pretensión nos demuestra ostensiblemente que materializaban en forma muy clara la distinción entre derecho y acción.

¹¹⁷ Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, es decir, la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, seguridad, orden, libertad, consignadas en la Constitución.

De esta manera, la acción en el proceso extraordinario es el poder de pedir al Estado la decisión de una controversia: la sentencia es ahora una emanación del poder público y no surge, como antes, de un compromiso de litigantes. En el sistema de las acciones de la ley y en el formulario, el *praetor* se limita a prestar apoyo al juez particular para que la sentencia de éste sea cumplida; en el extraordinario, es el mismo magistrado armado de la fuerza pública quien hace cumplir sus decisiones. De acuerdo con lo expuesto, en el sistema de las *legis actiones* la acción es solemnidad ritual; en el sistema ordinario es la petición de fórmula redactada por el *Praetor* y escogida por las partes, y en el extraordinario es ya el poder de pedir al Estado la resolución sobre una controversia. En el sistema de las acciones de la ley y en el formulario, la acción tiene carácter mixto, puesto que combina el carácter público, por el concurso del colegio de pontífices en el primero y la actuación del *Praetor* en el segundo, con el privado (la actuación del juez, elegido por las partes), manifestándose la presencia activa del Estado.

En cuanto se ofenden o se violan, no los intereses privados, subjetivos, sino los de la colectividad, objetivos, reviste carácter público, ya que interesa a todos castigar al contraventor. Entre los romanos esta acción es popular¹¹⁸, en el sentido de que cualquier ciudadano puede ejercitarla, al contrario de la otra, que por su carácter privado corresponde sólo al titular del derecho subjetivo lesionado.

Justiniano clasifica las acciones populares en los siguientes tres grupos: a) *pro populo*: son acciones que competen a cualquier ciudadano romano, tratándose del interés de la colectividad a que pertenece; b) *pro libertate*: tratándose de un *iudicium liberale*, cualquiera podía presentarse como *adsertor libertatis* para reivindicar la libertad de una persona; c) *pro tutela*: probablemente se trata de la *accusatio suspecti tutoris*, que cualquiera podía promover.

En verdad en el sistema romano, al menos en el formulario, acción y derecho son entidades jurídicas autónomas. En las corrientes jurídicas modernas, hasta antes de

¹¹⁸ La cita del Digesto 47.23.1. título XXIII denominado “De las acciones populares”, dice: *Paulus Libro VII, ad edictum.- Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*. Paul. 8 ed “Llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo”. A partir de esta cita señalamos que la acción popular es aquella que se ejercita en defensa del derecho del pueblo (*populus*). La acción popular puede ejercerla cualquier ciudadano, sin interponer pretensión sustancial, que por su carácter privado corresponde sólo al titular del derecho subjetivo lesionado. La acción popular puede ejercerla cualquier ciudadano, sin interponer pretensión sustancial y esto prueba que la diferencia entre derecho y acción estaba latente en el genuino Derecho romano.

la separación de ambos conceptos por las escuelas alemanas e italianas, la noción del derecho penetraba tan fuertemente el concepto de la acción, que la absorbía por completo; en Roma ocurrió lo contrario en la época clásica; pues como apunta diestramente Bonfante,

"los derechos de origen pretorio no tienen siquiera una denominación propia, sino que son expresados por la acción (*actio publiciana, serviana*, etc.) o por el hecho a base del cual se concede (*actio metus causa, doli*); y en los sistemas romanos, por ejemplo, en las mismas instituciones de Justiniano, de no pocas relaciones jurídicas se trata en la teoría de las acciones. Esta formación del Derecho a través de la acción confirió a la teoría de las acciones una importancia que se fue eclipsando en el Derecho correspondiente al período de Justiniano" (1959, 111).

Al estudiar la *actio* como el medio principal por el cual se ejercita la coacción jurídica, que se constituía como el medio proporcionado al ciudadano para repetir del Estado la defensa del propio derecho desconocido¹¹⁹, se debe resaltar la idea de que durante la vigencia de los primeros sistemas, los conceptos del *ius* (derecho) y de la *actio* (acción), son independientes, en vista de que la mayoría de los romanistas concluyen que la fusión existió siempre. La confusión dominó la mente de los compiladores bizantinos frente a la *extraordinaria cognitio*, pues los dos primeros sistemas habían caído en desuso en la época de Justiniano, y el *Digestum o Pandectas* habla de las fórmulas como de mera referencia histórica. La fusión no existió jamás durante el *sistema de las acciones*¹²⁰ de la ley y durante el período clásico del sistema formulario.

A diferencia de lo que sucede en el proceso moderno, en el cual, la facultad de formular una demanda corresponde a la iniciativa privada, y al juez sólo compete admitir o rechazar la pretensión deducida por el actor, la cual debe estar encuadrada en el cumplimiento de algunos requisitos necesarios. En el proceso romano, en cambio, la facultad de provocar la actividad jurisdiccional está supeditada al cumplimiento del ritual de *legis actio*, es decir, la recitación de las frases sacramentales ante el Pontífice, en las acciones de la ley, y a la concesión de la

¹¹⁹ *Actio nihil aliud est quam ius persequendi indicio quod sibi debetur* (Pr. I. h. t.; Celsus, L. 51, D.

¹²⁰ Es verdad que en el sistema clásico a cada derecho corresponde una acción y por ello se le ha denominado "*sistema de acciones*"; pero también en él se puede hacer patente la misma diferencia que hoy se acostumbra, entre derecho y acción, en el derecho procesal moderno. En efecto, existieron en todo el curso del Derecho romano derechos sin acciones como los derivados de algunas obligaciones naturales, acciones populares, penales públicas, obligaciones religiosas, etc.

fórmula por el *Praetor*, en el sistema formulario, sin cuyo requisito la existencia del litigio es imposible, debido a que este grandioso magistrado regulaba y uniformaba todo el proceso.

Es así como Cuenca nos colige, en este sentido en que:

“...se ha llegado a sostener que la fusión existía porque la fórmula era la ley misma; pero aquí se incurre en otra confusión: es el Edicto el que contiene la norma de derecho y la fórmula no es sino la adaptación hipotética de la ley a un caso particular; la fórmula es la demanda, pero no la ley. Los modelos preparados por el Pretor y colocados en el *album* a disposición de las partes, eran adaptados a los conflictos que los particulares sometían a su decisión; pero el edicto era la verdadera fuente del derecho” (1957,10).

Es de evidenciar que en la época monárquica el derecho era muy precario y tosco, por ello, durante la vigencia del primer sistema la *actio* estaba materializada en la *legis actio*, durante la vigencia del segundo sistema en la *fórmula*, y en el último, en el sistema extraordinario, eliminada la necesidad de la fórmula, y transmitida a la parte la obligación de formular la demanda, los jurisconsultos bizantinos carecieron de la agudeza necesaria para observar que la facultad (abstracta o concreta), de obtener del Estado una sentencia capaz de solucionar los conflictos sometidos a su decisión, constituía una figura autónoma e independiente del derecho subjetivo invocado por el reclamante para hacer triunfar su petición.

Para iniciar un proceso se requeriría el ejercicio de una *actio* por el actor o demandante, ante el magistrado. La persona contra la que se dirige la acción, a quien contra el que se actúa, *cum quo agitur*, es el demandado, *defensor* en atención a que repele la actuación de la orden o, el reo, *reus*, debido a que el objeto del litigio es la *res de qua agitur* y los litigantes son, en consecuencia denominados *rei*. Junto a este sentido formal de la acción, en ocasiones se utiliza en las fuentes del término *actio* en el sentido material. En las obras de los jurisconsultos republicanos se utiliza asimismo al respecto la tricotomía *actio, petitio, persecutio*, respecto de la que en la doctrina romana mística no ha logrado todavía desentrañar, en todo su significado, su contenido original.

4.2.1.- Equívocos iniciales acerca del vocablo "Acción"

Es de advertir, que antes de entrar en el tema, debe subrayarse la influencia que ha tenido en torno a este *instituto*, el ambiguo sentido del vocablo acción. En buena medida la polémica sobre este punto es una polémica de palabras. El acuerdo acerca del mismo es indispensable para entenderse.

Actio, en los tiempos primitivos del *Status Civitas*, constituyó el acto de guerra con que una *gens* reaccionaba contra la violación de un derecho suyo, cierto y auténtico perpetrada por otra *gens*, para el efecto de recuperar, por la fuerza física o material, el territorio u otras cosas propias, de que se apoderó del *fur*. En consecuencia de lo que precede, bien podemos afirmar que la *actio*, atendida su forma y ejercicio primitivo, venía a ser un acto de carácter intergentilicio. Habiéndose introducido más tarde la costumbre de confiar el estudio y la solución de los pleitos entre *gens* y *gens* o entre *familia* y *familia* al laudo de un árbitro, recibió el nombre de *actio* la demanda para la satisfacción de un derecho lesionado, presentada contra de la de la referida lesión, ante un árbitro, y la actuación consiguiente de la parte que hizo la demanda.

Luego, como lo manifiesta Uría

“...cuando el arbitraje llegó a ser institución jurídica impuesta y regulada por los poderes públicos estatales, mejor diríamos, cuando aparecieron en el *Status Civitas* los juicios propia y estrictamente tales, se significó con la palabra *actio* la demanda –*oblatio libelli*– y las actuaciones ulteriores del demandante hasta el fin de la controversia judicial” (1984, 468).

Otros sentidos fueron poco a poco derivándose del precedente. Muy en particular, el término *actio* sirvió para indicar ciertas formas típicas de presentar la demanda ante los jueces, junto con los actos derivados en relación con ella, tanto por el demandante como por el demandado, y aún por el propio funcionario público: La *actio*, en esta última significación, recibió el nombre de *modus agendi*, como se diría en el *forum actuare*, determinada manera de proceder en los tribunales. Supuesto lo que precede, por día de fundamento histórico, llamábanse en Roma acciones de ley –*legis actiones*– Los procedimientos judiciales civiles, sin duda los más antiguos del *Status Civitas*, caracterizados todos ellos por el empleo escrupuloso de ciertas palabras y alemanes con significación marcadamente simbólica.

El vocablo *acción*¹²¹ aparece, con un significado diferente, en todos los campos del derecho. Sólo en un derecho positivo determinado se le han fijado quince acepciones distintas. En el campo del derecho procesal, en particular, su significado varía en el tiempo y el espacio. En cierto estudio se han enumerado veintitrés definiciones.

Puede comprobarse, además, que el sentido del vocablo ha evolucionado en el tiempo; no es el mismo el significado actual de la acción civil que el de la *actio* romana; tampoco es igual, aún en nuestro tiempo, el concepto de acción entre los países de cultura latina y los de cultura angloamericana; en terrenos tan próximos como el de la *jurisdictio* y de la administración, el concepto del mismo vocablo es diverso.

Frente a esta complejidad, nuestra primera preocupación ha de ser la de determinar con la mayor precisión posible, que es lo que queremos decir cuando hablamos de acción. Sin este acuerdo acerca del vocablo no podríamos entendernos.

De acción en sentido procesal se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

- a) Como sinónimo de *derecho*, es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", o se hace valer la "*exceptio sine actione agit*", lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.
- b) Como sinónimo de *pretensión*; es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se halla recorrido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX¹²² que mantienen su vigencia aún en nuestros días; se habla, entonces, de "acción fundada y acción infundada", de "acción real y acción personal", de "acción civil y acción penal", de "acción triunfante y acción desechada". En estos

¹²¹ Para nosotros, lo expresa Rengel-Romberg (1995), la acción puede definirse como el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la *litis*, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado. Winscheid, citado por Rengel-Romberg (1995), sostenía que cuando los romanos ejercían el derecho de acción procurando de este modo la tutela jurídica, no identificaban el derecho vulnerado con el acto cumplido; en realidad dirigían una pretensión contra el adversario; que se transformaba en acción al hacerla valer en juicio. Esta pretensión podía reconocerse por el estado a través de la sentencia correspondiente, o por el mismo particular que decidiera autocomponer el conflicto. Por eso la acción no era otra cosa que la pretensión jurídica deducida en el proceso. Al respecto Chioventa (1997), sostiene que la acción es, por tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, cuya definición coincide con aquella de las fuentes: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*, en la cual es clara la contraposición entre el derecho a lo que nos es debido, y el derecho a conseguir el bien que nos es debido mediante el juicio (*ius iudicio persequendi*). La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedirlo, ni para satisfacerlo. Tiene naturaleza privada o pública, según la naturaleza de la voluntad de ley.

¹²² Diseñados fundamentalmente por autores alemanes con Friedrich Karl von Savigny, A.F.J. Thibaut, Goethe y Winckelmann, entre otros.

vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyectaba sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo "demanda fundada e infundada", "demanda (de tutela) de un derecho real o personal", etc. Es, decimos el lenguaje habitual del foro y de la escuela en muchos países.

c) Como sinónimo de *facultad*¹²³ de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.

Entendemos pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho, sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, no obstante las imprecisiones conceptuales que rodean a esta noción, una observación empírica de la acción revela inmediatamente, aún a aquellos que no son juristas, que la acción se presenta como una actividad correspondiente que el accidente no le es ya lícito obrar por la fuerza y que esta actividad, por regla general, es la condición necesaria para que entre en operación la jurisdicción.

Parece, pues, como si en compensación de la prohibición impuesta al individuo de hacerse justicia por sí mismo, le sea reconocida la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia. Pero al mismo tiempo la acción se presenta empíricamente como una condición de la jurisdicción, la cual no entra en operación oficiosamente, sino a requerimiento del particular interesado en su ejercicio (*nemo iudex sine actore – ne procedat iudex ex officio*). La regla general es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite. Sólo por excepción el juez puede proceder de oficio, sin ser requerido, como ocurre en materia penal y en materia civil en los casos de interdicción, inhabilitación, quiebras, etc., que puedan ser promovidas y declaradas de oficio, sin petición de parte.

¹²³A lo largo de toda esta investigación, la palabra acción se halla usada en este último sentido.

4.2.2.- Acción como invocación de garantía del Estado

Esta proposición la desarrolla fundamentalmente Adolfo Wach con su teoría que concibe la acción como derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*). La pretensión de la tutela jurídica que debe garantizar el Estado –dice Wach– no es una función del derecho subjetivo; la pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo; si no es su “función”, ni el lado público del derecho objetivo; no es la coacción inmanente a este, que significamos cuando decimos “puede hacerse valer ante los tribunales”; es la pretensión que se tiene frente al Estado a la tutela jurídica (Kunkel, 2003).

Todo lo que se ha dicho hasta el momento, a propósito de esta necesaria correlación entre la prohibición de la defensa privada y la asunción por parte del Estado de la función jurisdiccional, nos permite evaluar un primer aspecto de esta fundamental noción que es, en la moderna dogmática procesal, la *acción*.

Tal como sucedía en la Roma monárquica, cuando en un ordenamiento primitivo (*ius quiritium*), en el que la defensa de los derechos individuales se encontraba totalmente confiada a la fuerza privada del interesado, aquel que quería hacer valer su derecho impugnado, debía necesariamente ejercitar su fuerza física, es decir, llevar a cabo una acción material en tutela del propio interés (este parece que sea el significado primitivo de las expresiones *agere* y *actio* en el más antiguo derecho romano), consecutivamente, cuando la defensa de los derechos individuales es asumida por el Estado mediante la institución de los *jueces públicos* (*iudex publicum*), la palabra *acción*, originariamente empleada en el significado propio de ejercicio de la fuerza privada, como cambia su significado, en sentido traslativo, el recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, la fuerza pública del Estado: no ya la actividad encaminada a sujetar directamente al obligado, sino la actividad que se realiza para poner en movimiento, en defensa del propio derecho, el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, lográndose una transformación sustancial y beneficiosa para las partes.

Al ir desapareciendo paulatinamente la *venganza privada*, en el derecho penal arcaico de las XII Tablas, con la prohibición de la autodefensa, se excluye que el titular del derecho pueda ejercitar directamente la fuerza privada sobre el obligado para constreñirlo al cumplimiento, distingue netamente en dos planos diversos el momento de la obligación de aquel de la sujeción. La observancia del derecho está, en primer término, confiada a la razón y a la libre voluntad de los hombres, a quienes los preceptos jurídicos se dirigen: la actuación de la fuerza es una *extrema ratio* que se encuentra en reserva por el Estado, antes de llegar a la cual el mandato jurídico quiere ser, sobre todo, un artículo dirigido a la actividad del individuo, que puede determinar libremente dentro de los confines de la propia autonomía. El derecho es, antes que empleo de la fuerza, reconocimiento de libertad: también cuando la ley establece, entre dos intereses individuales en conflicto, una relación de predominio de uno de ellos sobre el otro, de modo que de una parte surja un derecho subjetivo y de la otra, en correspondencia, una obligación, se trata, en un primer tiempo, de un predominio destinado a hacerse sentir sobre la voluntad del obligado, en cuanto el titular del derecho no puede servirse de la fuerza para constreñirlo directamente a la prestación, sino que debe, mientras no se decida a dirigirse al Estado para invocar de él que ponga en obra la coacción, contar únicamente con el cumplimiento voluntario, que puede también faltar si el obligado se niega a ello. La relación jurídica entre los particulares no es nunca un poder de sujeción de un hombre sobre otro hombre: es solamente, en un primer momento, una expectativa del titular del derecho que, para la satisfacción del propio interés, cuenta con la voluntaria colaboración del obligado. Para pasar del momento de la obligación al de la sujeción, es preciso que el titular del derecho se dirija al Estado, con el fin de que sea puesta en práctica, respecto del obligado, aquella relación de derecho público en la cual el Estado es soberano y el ciudadano es un *subiectus*; con el objeto de que, en otras palabras, la obligación se convierta en sujeción, con carácter obligatorio.

Es así como también lo concibe Rengel-Romberg

“...en esta concepción la acción aparece ahora dentro del campo del derecho público, como una relación que se da entre el ciudadano y el Estado. Aquí la relación no es ya entre los mismos sujetos de la relación privada y para lograr el mismo objeto (prestación) a que es acreedor el titular del derecho, sino entre el ciudadano y el Estado y para lograr un objeto distinto: la tutela jurídica. La acción

es así un medio al servicio del derecho material, pero no el derecho material mismo” (1995, 148).

Por ello debe destacarse sin sombra de duda que de esta manera, se perfila uno de los aspectos que tiene, en el Derecho moderno, el concepto de *acción*. Parece como si, en compensación de la prohibición impuesta al individuo de hacerse justicia por sí mismo, le sea reconocida la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado: al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular de derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del derecho, convierta la obligación en sujeción. Esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho es, en un cierto sentido, la *acción*, sin desvirtuar su naturaleza jurídica propia.

4.2.3.- Acción como condición para el ejercicio de la jurisdicción

Si la acción es, a través del proceso histórico de su formación un modo de sustituir el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; y si esa sustitución sólo se realiza a requerimiento de la parte interesada, ¿no cabe admitir que ese requerimiento, o más correctamente, es el poder de requerir forma parte del poder jurídico de que se halla asistido todo individuo de acudir ante la autoridad para solicitar justicia, añade Couture

“...que el derecho de petición configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas, se ejerce indistintamente ante todas y cualesquiera autoridades. El Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición. Por tanto, un derecho de acudir al Tribunal pidiendo algo contra un demandado, es un derecho de petición en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales. Se llega así a la idea fundamental de que el derecho de acción o acciones justicia, es una especie dentro del género del derecho de petición; un derecho de petición particularmente configurado” (1949, 67).

Es de advertir, que para comprender cuál es, en el proceso moderno, la *función práctica de la acción*, no se puede descuidar otro aspecto fundamental, que sirve para integrar su concepto. Conforme se ha dicho, se podría pensar que el Estado, para poner en ejercicio la justicia no tuviera necesidad de ser solicitado por el

individuo que la invoca en favor propio: si el fin de la jurisdicción no es la defensa de los derechos subjetivos, sino, antes de todo, la exacta observancia del derecho objetivo, parecería natural que el Estado, aún dando al individuo la facultad de invocar justicia en favor propio cuando su derecho subjetivo apareciese sin satisfacer, no considerase, sin embargo, tal invocación como condición indispensable para poner en movimiento la jurisdicción; y atribuyese a los órganos judiciales un poder de iniciativa que permitiese a los mismos moverse *de oficio*, sin petición de parte¹²⁴, siempre que observasen una violación del derecho objetivo y considerasen poder proceder últimamente para restablecer su observancia.

Es incontestablemente cierto, que en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁵, lo mismo que en los de todos los Estados civiles contemporáneos (aún cuando se citen como curiosidad algunos casos esporádicos en los que puede parecer que se tenga una jurisdicción ejercida de oficio, esto es, sin acción) la regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; es decir, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite, quien la invoque, quien la alegue.

Debido a este carácter que se podría llamar de necesaria indiferencia inicial (*ne procedat iudex ex officio*) y en fuerza del cual la jurisdicción aparece siempre como función provocada por un sujeto agente, la misma se distingue de las otras funciones del Estado, la legislación y la administración, que se ejercitan normalmente de oficio. El Estado hace leyes aún sin que los ciudadanos se lo pidan, y toma en el campo administrativo todas las iniciativas que cree útiles a la sociedad; pero no juzga, si no hay alguien que le pida que juzgue. De modo que, la acción se presenta como una

¹²⁴ En relación a una *jurisdicción sin acción*, que el órgano juzgador podría ejercer por iniciativa propia sin esperar la petición proveniente de un sujeto diverso, sobran ejemplos en la historia; típico es, al respecto, el proceso penal inquisitorio de la época intermedia, en que el juez penal acumulaba en sí el oficio de acusador, y debía, por consiguiente, juzgar sobre una acusación promovida y sostenida por el mismo. No se puede excluir del reino de las hipótesis la posibilidad de un sistema judicial en que el instituto de la acción estuviese enteramente abolido, y en el que perdida toda distinción entre justicia y policía, se concentrase en un solo órgano el poder de proponer las *litis* y el de resolverlas.

¹²⁵ **Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente** (1987). En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los Jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa.

condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción (*nemo iudex sine actore*¹²⁶).

Tal característica debe ser puesta en relación, sobre todo, con aquella exigencia esencial de la justicia que es la imparcialidad del órgano juzgador. Una jurisdicción ejercida de oficio rechazaría, como bien lo acentúa Calamandrei (1997)

“...por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar a ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide: de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en búsqueda de entuertos para enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso, del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Messina. Mientras la justicia se administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a dos diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, que son respectivamente la función de preguntar y la de responder, la de exponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo (41).

Esta concepción de la acción, como derecho abstracto de obrar, de ejercer la jurisdicción, fue inicialmente expuesta por Degenkolb, quien definió la *acción* “como un derecho subjetivo público correspondiente a cualquier que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y constreñir al adversario a entrar en él” (Citado por Rengel-Romberg, 1995, 153). A tal punto sea advertido esta incompatibilidad psicológica entre la posición de quien pide justicia y la de quien juzga, que en aquellos casos en los que el Estado siente más imperiosamente el interés en la facultad de proceder de oficio al juez, sino que crea frente al juez un órgano público que tiene específica función de ejercitar la acción en interés público, y de estimular así la función del juzgador. La acción constituye, así, *in iure condito*, en lo civil y en lo penal (y este es el segundo aspecto de esta noción), un límite y una condición de la jurisdicción, concibiendo que la acción tiene ese poder jurídico de provocar la actuación de la voluntad concreta de la ley a favor del accionante.

¹²⁶ La *acción* se origina en los aforismos del Derecho romano: *nemo iudex sine actore* (no puede existir un proceso si no hay actor) y *nemo procedat iudex iure ex officio* (no puede existir un proceso de oficio). Es la evolución máxima del Derecho romano. En la actualidad la acción tiene su fundamento en la iniciativa (que es de carácter personal) y en el poder de reclamar (que es de carácter abstracto).

De esta manera, cuando ponemos en relación este segundo significado con el otro del que hemos partido nos damos cuenta de que, en tanto bajo un cierto aspecto la acción aparece como la petición que el ciudadano hace al Estado de un servicio que favorece a su interés individual (en cuanto el particular aspira a obtener, por medio de la jurisdicción, la satisfacción de su derecho subjetivo), bajo otro perfil la acción se manifiesta, a su vez, como un servicio que el ciudadano presta al Estado (en cuanto, al pedirle justicia, le proporciona la ocasión de intervenir en defensa del derecho objetivo), generándose una relación sinalagmática indiscutible.

4.2.4.- Importancia práctica de la acción en el proceso

Es menester insistir en que *Actio* deriva de *agere*, que significa obrar. En Roma el actor tenía que producir mímicamente sus pretensiones, tenía actuar frente al tribunal, por eso la mayoría de los tratadistas coinciden en señalar que acción deriva de estas dos voces latinas. Creemos indispensable advertir que, la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados, cuya ordenamiento procesal no puede ser comprendido, por lo que es en su estructura positiva y empírica, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos precisamente esta acción, alrededor de la cual se desarrollan las teorías; la que es una realidad que puede llevar consigo las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la que, sin embargo, debe contar todo el que desee comprender como está constituido, el proceso de la civilización contemporánea.

En la etapa germinal del Derecho romano la acción o *actio* está ligada a la fuerza bruta, lo que se denomina la acción directa; sin embargo, casi desde la aparición del proceso, concretamente lo que se denominó el *procedimiento de las acciones de la ley*, la acción se refiere a un conjunto de ritos, formalidades, para iniciar y proseguir un proceso¹²⁷. Durante el *procedimiento formulario* el derecho de acción pasa a ser el derecho material camino a convertirse en una fórmula, en aquella época a cada

¹²⁷ Gayo cita un caso que se ha hecho un ejemplo famoso que demuestra el excesivo formalismo de esta etapa: Una persona demandó a su vecino por haber cortado las *vides* de su propiedad. Sin embargo al hacer valer su derecho ante el magistrado, expresó que reclamaba las *vides*, cuando la ley de las XII tablas concedía la acción respecto de la palabra *árboles* en sentido genérico. Este error motivó que perdiera el juicio.

derecho le correspondía una acción y una fórmula específica; por ejemplo para la demanda sobre la propiedad de un bien se tenía la *actio reivindicatio*, para un conflicto de la posesión una *actio possessoria*; esta concepción imperó durante el siglo II a.C. hasta el siglo III a.C., que es contemporánea con la época de oro del Derecho civil romano.

Luego le sucedió el procedimiento ordinario, caracterizado por la concentración de la actividad en el Juez y por la reducción e inclusive eliminación de ritos sagrados y las fórmulas, así tenemos la definición de acción extraída del Digesto de Celso, expresada siglos antes, según éste la acción es: "(...) el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe" (*Actio autem nihil aliud, est quam, ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*).

El Derecho romano más que sistema de derechos fue un *sistema de acciones*, le dio más importancia a la discusión judicial en relación a los derechos subjetivos, sin embargo pese a la considerable trascendencia que tuvo la actividad jurisdiccional el concepto de *acción* del Derecho romano es irrelevante desde una perspectiva científica del proceso, puesto que tiene una óptica material de ésta.

El proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un proceso en virtud de demanda (*Klageverfahren*), esto es, un proceso en el que el órgano judicial no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla, ni sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se le presenta por el sujeto que ejercita la acción. El alcance práctico de esa acción no es solamente visible en el momento inicial del proceso, en cuanto el órgano judicial, en la fase de cognición o en la de ejecución, no se pone en movimiento más que en virtud de petición del órgano agente; sino que se revela también en el curso del proceso y especialmente en el momento conclusivo del mismo, ya que el juez o el árbitro, puesto en movimiento por el órgano agente, no puede tomar en consideración, como materia de su investigación, más que aquel perfil de la realidad sobre el cual el actor (o, en contradicción con él, el demandado: llama su atención, y no tiene otra elección que la que puede llevarse a cabo entre adoptar o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada para ser transformada en providencia jurisdiccional o providencia arbitral (Laudo). La acción es, pues, empíricamente, no sólo en la

facultad de dar el primer impulso a la actividad del juez o del árbitro, que de otra forma permanecería inerte; sino que es, además, el poder de preparar por el juez o árbitro la materia y el programa de su providencia. No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento, en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede después en libertad de seguir su camino; se trata de una constante colaboración, mediante la cual durante todo el curso del proceso, el actor continúa señalando la ruta, a la cual el juzgador se debe atener¹²⁸.

Teniendo muy en cuenta esta colaboración, el conocimiento del juez, en lugar de atacar directamente la realidad social dentro de la que vive la relación controvertida, la toca solo de rebote, en aquellos términos y aspectos en que la controversia se encuentra aislada y representada por la parte de su proyecto de providencia: entre el juez o árbitro y la realidad social se interpone así la obra intermediaria del sujeto agente, similar, se podría decir, a la del ayudante que alcanzan los vidrios portaobjetos, con los preparados para examinar, al científico, inclinado sobre el microscopio y demás instrumentos a su alcance.

Para ofrecer una construcción didácticamente fiel del proceso actual, consideramos que es necesario, a ejemplo de Chiovenda (1997) considerar la acción como uno de los conceptos fundamentales del sistema procesal; parece, en efecto que la construcción del proceso, hecha por Carnelutti (1997) sobre el concepto de *litis*, en lugar de hacerla sobre el de acción, choca, en un cierto sentido, con la realidad del proceso actual en el que el juez o árbitro se halla en contacto, no con la *litis*, sino con la acción, en cuanto es llamado, no a establecer cuál es la regulación jurídica que

¹²⁸ Polémica *Windscheid – Muther*. Al momento de surgir la polémica era dominante en Alemania la concepción de Savigny. Y la doctrina se debatía también frente a una doble terminología: La *Actio* romana y la *Klage* germánica, entendida ésta como derecho de querrela (*Klagrecht*). Ambos términos se hacían coincidir en un solo concepto, dándole como característica determinante el elemento de la perseguibilidad judicial del derecho. Windscheid reaccionó contra la concepción de Savigny en torno a la *Actio* romana y señaló el peligro de introducir en el Derecho romano una concepción de la *Actio* que más bien corresponde a la actual conciencia jurídica. “En el derecho moderno señala Windscheid el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos; el derecho aparece como el *prius* y la acción como el *posterius*, esto es, el derecho es aquello que produce y la acción aquello que es producido. En el derecho moderno, derecho y acción coinciden en cuanto que la acción no es más que la sombra del derecho. La acción no tiene una existencia autónoma. Por tanto, agrega Muther, en el Derecho romano, lo mismo que en el Derecho moderno, el ordenamiento jurídico era el ordenamiento de los derechos y no, como piensa Windscheid, el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente, pues solo los derechos subjetivos podían ser perseguidos en juicio. La lesión del derecho, dice Muther no es más que una colisión de el Estado de hecho con el Estado de derecho. A causa de esto, el derecho no puede ser transformado (Chiovenda, 1997).

corresponde mejor a la realidad social directamente observada, sino simplemente a decidir si merece ser acogida, en relación con un hecho específico ya encuadrado por el agente en un esquema jurídico, la propuesta de providencia que le es presentada por su necesario colaborador.

Se reconoce en el proceso actual hasta tal grado la importancia práctica de esta colaboración de la parte, que constituye una condición y un límite a la actividad jurisdiccional, que el Código de Procedimiento Civil vigente (1987) y aun el Anteproyecto¹²⁹ (actualmente en discusión por ante la Asamblea Nacional 2016) no sólo se ha inspirado en los principios tradicionales transmitidos al respecto por la doctrina (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*).

4.3.- El Proceso Civil romano como dispositivo de *iustitia*

Los jurisconsultos romanos no pretendieron elaborar una ciencia jurídica y poco se cuidaron de reducir a principios del mundo de sus conocimientos. Carecieron de un sentido normativo del Derecho porque por sobre todo aspiraron a ser justos: ignoraron la filosofía de los valores jurídicos y por ello su labor está despojada de contenido dogmático. Pero no puede decirse que carecieron del sistema, pues el derecho clásico es el mejor exponente de un todo armónico de sabiduría jurídica. Yo diría también que todo el Derecho romano es un método de certeza. Acertar, hacer blanco en la solución de los conflictos particulares fue la preocupación esencial de sus jurisconsultos y mediante ditirambos que envuelven graves censuras se les ha denominado “empíricos geniales”, “casuísticas insignes”, “experimentados egregios”.

¹²⁹ El Tribunal Supremo de Justicia, presidido por la magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, entregó a la Asamblea Nacional (09/10/2015) el anteproyecto del Código de Procedimiento Civil, como iniciativa legislativa del Máximo Tribunal. En este sentido, la presidenta de la Sala de Casación Civil, magistrada Yris Peña Espinoza, fue la encargada de hacer la presentación sobre la reforma sustancial del Código ante el parlamento y resaltó la orientación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la garantía del acceso del pueblo a la Justicia. En su exposición, la Magistrada dijo que en el campo judicial el mandato constitucional es inequívoco, porque se impone la simplificación de los procesos, la transformación de las funciones de los juzgados, la implementación de la oralidad y la prevalencia de la concentración e intermediación en la celebración de los actos procesales y en la garantía de la economía procesal. La magistrada Yris Peña Espinoza, dijo que esta reforma era necesaria una vez que el actual Código no se corresponde completamente con los parámetros constitucionales vigentes "de allí surge esta iniciativa legislativa de parte del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil", acotó.

En cuanto al proceso civil, en la antigua Roma, en los primeros tiempos del *ius*, el interesado se hacía justicia por sí mismo, con el concurso de los demás ciudadanos, para los cuales era notoria la razón que le asistía. Era una justicia privada¹³⁰. Pero más tarde, debido a las dificultades que presentaban obtener justicia por sus propios medios, surgió la necesidad de que el funcionario público vigilase y fiscalizase el proceso mediante el cual se desenvolvía la administración de justicia.

La Ley de las XII Tablas, aprobada en los primeros siglos de la República romana, constituye la primera referencia histórica que conozcamos, de un conjunto de normas jurídicas reguladoras del *proceso*. La labor legislativa, caracterizada hasta este momento por el secretismo y la ausencia de garantías, comienza a verse informada por los principios de certeza, seguridad jurídica, publicidad e igualdad ante la ley, que acaban siendo considerados consustanciales a todo ordenamiento jurídico que aspire a la realización de la Justicia. El procedimiento contemplado en la legislación de las XII Tablas se mantiene, con modificaciones, a lo largo de la etapa republicana. En el plano jurisdiccional, la comunidad política romana es consciente de la necesidad imperiosa de asumir el monopolio de la administración de la justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social el *proceso*, que se conforma como *cauce de resolución de las controversias entre particulares*, no logra, sin embargo, desprenderse del todo de los viejos lastres suponen el poder absoluto del *paterfamilias*, la sacralización de la justicia y los vestigios de la autodefensa privada en el ejercicio de los derechos en intereses jurídicamente protegido, en el marco, de forma especial, de la comparecencia ante el tribunal y de

¹³⁰ En relación al ejercicio de derechos, a lo largo de la Historia se dio en Roma una evolución. Se dieron varias etapas en la defensa de los derechos subjetivos: a) Campo penal:

- Venganza privada,
- Ley del Talión,
- Composición voluntaria,
- Composición legal.

b) Campo civil: Se recurre a otros medios que será también una forma de justicia privada aunque con ciertas formalidades pero como la tutela privada de los derechos era arriesgada, se encarga pronto el Estado de la protección y obliga al particular a acudir a él. Es difícil establecer en qué momento se pasó de la justicia privada a la justicia con intervención del Estado. En la Ley de las XII Tablas lo que se contiene es una ordenación procesal en la que interviene el Estado y desaparece el proceso privado. Lo más característico de lo que se recoge en las XII Tablas es el carácter voluntario y privado desde la iniciación del proceso hasta la ejecución de la sentencia. Por eso hasta época avanzada quedan restos de la venganza privada. También se contempla en el campo del derecho penal y en el campo del derecho civil la autodefensa y también la autotutela pero a fines de la República la persona que quiera proteger un derecho tiene que acudir al Estado y lo hará por medio de una *actio* a través de un procedimiento y lo realizará ante unos órganos, los “órganos jurisdiccionales”, que sin duda le imprimen institucionalidad a la *iustitia*.

la ejecución de la sentencia así como de otros títulos que llevaban aparejada ejecución (Fernández de Buján, 2006).

Entonces, el funcionario, llamado *magistrado*, se limitaba a ser un regulador de la estricta aplicación de las fórmulas sacramentales y demás actos del procedimiento, teniendo las partes el derecho de elegir de mutuo acuerdo o por la suerte, al juez que debía averiguar los hechos y decidir la controversia. Todavía en este aspecto la justicia tiene un carácter privado, porque el juez sólo se designa para una determinada causa, el proceso las más de las veces es oral; el Juez generalmente ejerce la función de *árbitro* antes que la de juez propiamente dicho. Ello será así, al menos hasta el siglo III, pues en adelante, el magistrado y el juez se van a identificar en una misma persona. A partir de este momento, como producto de larga evolución, la justicia tiene más carácter público y menos privado.

Al lado del concepto de *actio*, el proceso tiene según la evolución del Derecho romano, un sentido privatista primero y un sentido publicista después. Tal como lo relata Cuenca en su delicada exposición, nos indica que

“...según el privatista, el proceso es un contrato que las partes pueden celebrar libremente y es inaudito el enorme desarrollo que esta concepción tuvo entre los jurisconsultos franceses y españoles y cuán arraigada se encuentra todavía entre los procesalistas venezolanos. Tiene su base en las dos frases que el proceso adopta en el sistema de las acciones de la ley y en el formulario. En ambos sistemas, el magistrado, no tiene otra función que organizar el proceso, examinar si el demandante tiene válidamente la *acción* (no razón), declarar el derecho y enviar las partes ante el juez único (juez o árbitro), o ante un colegio (jurado), que investigan los hechos y emiten su opinión: la *sentencia*” (1957, 11-12).

Muchas de las veces y, con cierta regularidad, estos jueces de la segunda fase son escogidos por las propias partes, no tienen carácter público y carecen de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones. La ejecución de la sentencia la ordena el magistrado porque únicamente éste posee el poder público para hacerla ejecutar, ya que sólo en muy excepcionales casos delega la *iurisdictio*. El proceso aparece así con carácter mixto; público en su primera fase y privado en la segunda. Parece que la segunda predomina sobre la primera y de allí el carácter *ius privatista* que se le ha reconocido a la acción en estos sistemas procesales. La concepción publicista que durante la segunda mitad del siglo XIX va a desenterrar y acentuar la escuela

procesal y la alemana presidida por Windscheid, Muther, Wach, Hellwig y otros, tiene su base en que durante la vigencia del llamado procedimiento extraordinario que coincide con la época llamada cristiana o bizantina, desaparecen las dos fases (*in iure e in iudicio*) antes dichas y ahora el mismo magistrado se encargará de sustanciar y decidir el proceso. Sólo interviene en la elaboración este funcionario público; desaparece la distinción entre *iurisdictio* e *imperium* porque el mismo magistrado que dicta la sentencia con carácter público, tiene también a su disposición la fuerza ejecutiva para hacer cumplir sus resoluciones. En este sistema, pues, el proceso tiene un carácter eminentemente público y de él emana la concepción publicista según la cual la acción no es sino la protección o tutela jurídica que el Estado dispensa a los particulares. Contraria a esta concepción es aquella otra privatista, que reconoce a las partes dueñas absolutas del proceso, lo que es incierto aún en nuestro procedimiento, que es eminentemente dispositivo, tal como lo evidencian los diferentes Códigos de Procedimiento Civil.

4.3.1.- Los sistemas procesales durante las diferentes etapas históricas del proceso

Durante los XIII siglos de existencia de la historia del Derecho romano¹³¹, la cual se consideró lenta y sin cambios bruscos o violentos, que tradicionalmente se divide en tres períodos entre los cuales no es posible trazar un deslinde nítido, pues a menudo unos invaden la esfera de otro, Roma sufre *tres grandes transformaciones procesales*, paralelas a las formas religiosas, políticas y sociales que tuvieron lugar a lo largo de su historia. El llamado *sistema de las acciones de la Ley (legis acciones)*, parece haber imperado aún antes de la Ley de las XII Tablas y se prolonga durante toda la Monarquía, la República y parte del Imperio hasta la mitad del Siglo II a. C. El *sistema formulario (ordo iudiciorum)*, que fue el procedimiento ordinario,

¹³¹ Que se inicia con la fundación de la ciudad de Roma por Rómulo y Remo 754-753 a.C. hasta la muerte del Emperador y gran jurista *Justiniani* en el año 565 d.C. El Derecho romano es, entre todos los derechos de la antigüedad, el que nos resulta más conocido en el sentido de que es aquel del cual existen más fuentes de conocimiento. El Derecho romano se desenvuelve en forma más completa, ya que comenzó siendo el derecho de un pequeño pueblo, para luego ser el derecho de la ciudad y después el derecho de toda una región; más tarde, de toda la península itálica y, de todo un gran Imperio, llegando a regir en la más vasta zona de los tiempos antiguos, además de Europa, el Norte de África y gran parte de Asia. El Derecho romano es también el derecho más interesante de la antigüedad. En los trece siglos de vida que estuvo vigente el Derecho romano, quedaron ajustadas y regladas todas las relaciones de la vida jurídica del individuo dentro de la familia, y del individuo como sujeto activo y pasivo de las obligaciones, con los demás hombres y con las cosas de la naturaleza. De aquí que los tres objetos del derecho privado romano: personas, cosas y acciones, sean también los tres objetos de nuestro derecho civil.

corresponde, durante el Imperio, a la llamada época clásica del Derecho romano, es impuesto por la *Lex Aebutia*¹³², cuya promulgación se sitúa en la segunda mitad del siglo II (el sistema formulario dura desde la segunda mitad del Siglo II a. C. hasta el siglo III de la era cristiana). Finalmente, el *sistema extraordinario* (*extraordinaria cognitio*), que fue el último en su aplicación general, parece ser, sin embargo, el más antiguo de todos por haber estado en vigencia durante los anteriores, en forma excepcional, aplicado a ciertos litigios; pero a partir de Diocleciano, por la fuerza pública que lo garantizaba, acabó por prevalecer hasta el fin del Imperio, justo culminándose con la muerte del emperador Justiniani.

Es un propósito firme de esta investigación, más que estudiar en detalle las viejas formas jurídicas del proceso, la lucha evolutiva de la *justicia pública* para imponerse a la justicia privada. La justicia por sus propios medios no satisfizo nunca la razón del hombre; surgió entonces la composición voluntaria que pronto fue sustituida por la composición forzosa, por imperio de la voluntad del magistrado y, por último, la autoridad pública acabó por desplazar la voluntad de las partes. El sistema extraordinario tamizado y mistificado a través del llamado derecho *pandectista* o común de los glosadores, recogió el proceso moderno su carácter público, tal como lo concebimos en la actualidad.

4.3.2.- Naturaleza jurídica del proceso civil romano

Se pretende estudiar el proceso desde diferentes puntos de vista. Su complejidad es considerable y no debe extrañar que la doctrina romana e incluso la reciente hayan utilizado, para explicar el sentido del proceso, vocablos poco frecuentes en el lenguaje de la ciencia. Ulpiano, con gran destreza y sapiencia, indicó que el proceso era el fruto del justo equilibrio que evita al mismo tiempo el despotismo judicial y la arbitrariedad de las partes¹³³. Un escritor habla del proceso como misterio¹³⁴, otro

¹³² De entre los años 150 y 120 a.C. introdujo el *sistema formulario*, en el ámbito procesal civil, por el cual el rígido procedimiento de las "*legis actiones*" comenzó a declinar, y ser sustituido progresivamente por éste, menos solemne, y que no era totalmente oral como su predecesor, sino que contaba con una parte escrita, la fórmula, aunque continuaba dividiendo el proceso en dos etapas (la *in iure* que se desarrollaba ante el magistrado y la *apud iudicem* que se sustanciaba ante el Juez).

¹³³ Ulpiano, en su *Libri LXXXI ad edictum praetoris* y *Libri II ad edictum aedilium curulium*, en los que comentaba los contenidos de los edictos de los pretores y de los ediles y su *iurisdictio* en los procesos.

como juego¹³⁵, otro como la miseria de las hojas secas de un árbol¹³⁶, otro como una búsqueda proustiana en pos del tiempo perdido¹³⁷, otro más atrevido lo compara con una locomotora¹³⁸, etc.

Se tratará de explicar esta circunstancia en otra oportunidad. Por el momento, nos limitamos a consignar que esas interpretaciones revelan, más que nada, la variedad de un fenómeno que es, al mismo tiempo, una relación temporal, un concepto ideal y un objeto material. Para examinar este tema en su diversidad se estudiará, sucinta y sumariamente la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del proceso. Es así como el estudio de la naturaleza jurídica del proceso civil consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial. Así, por ejemplo, se trata de saber si el vínculo que une a las partes y al juez o árbitro constituye un contrato, un cuasicontrato o alguna otra figura jurídica semejante. Y de resolverse ese punto en sentido negativo, sería necesario, entonces, decidir qué es el proceso como fenómeno particular. Ese tema no es sólo una investigación teórica. La conclusión a que se llegue tiene consecuencias prácticas de especial importancia en la experiencia procesal.

Si se aceptara, *verbi gratia*, la teoría que sostiene que el juicio es un *contrato*, habría necesariamente que admitir que, ante el silencio de la ley procesal, las disposiciones y normas del derecho civil en esta materia serían aplicables. El Código Civil sería, así, subsidiario de procedimientos en materia de capacidad, de consentimiento, de

¹³⁴ Satta, en su texto *Il mistero del processo*, en Revista de Derecho Privado, 1949, I, nos hace una referencia curiosa del misterio, muchas veces inexplicable, del proceso para la solución de controversias.

¹³⁵ Calamandrei, haciendo referencia a este tema nos indica en su *Il processo come giuoco*, en *Studi in onore di Carnelutti*, en Revista de Derecho Privado, 1950; que el proceso es el juego más apetecible de los *iuris prudentes* para satisfacer el placer de la victoria o de la derrota.

¹³⁶ Carnelutti, de igual manera y de modo similitico nos refiere en su *Torniamo al "giudizio"*, en *Studi in onore di Scialoja*, en Revista de Derecho Privado, 1949, que el proceso es como el otoño que se va marchitando lentamente.

¹³⁷ Capograssi, con un lenguaje más filosófico nos infiere que el proceso civil romano es el resultado de un largo devenir de acontecimientos que no significan la búsqueda de un lugar del tiempo en el infinito, sino la búsqueda o el hallazgo de la verdad, de la razón, de la equidad y la ecuanimidad entre las partes, como lo menciona en su *Giudizio, processo, scienza, verità*, en Revista de Derecho Privado, 1950.

¹³⁸ Cuenca, en su *Proceso Civil romano*, nos comenta que desde el punto de vista metafórico y con el solo propósito de explicar más gráficamente la idea del *proceso*, suele compararlo ante sus alumnos con un ferrocarril. Al adaptar el símil al proceso civil romano, durante el sistema formulario, diría que se compone de una locomotora (*in iure*), dirigida por un conductor (*praetor*), e impulsada por un motor (*actio*), que arrastra en su marcha un coche o vagón (*in iudicio*), guiado por un maquinista (*iudex*). El conductor regula el funcionamiento de la máquina, ordena las maniobras y dirige la ruta; el maquinista, despeja la vía, asegura el buen funcionamiento y vigila el camino hasta la estación. En el procedimiento extraordinario, la maquinaria está reducida a una sola locomotora, con diversos compartimientos entre sí (llamados *litis denuntiatio actionis*, *litis-contestatio*, pruebas y finalmente sentencia), dirigida por un solo conductor (*praefectus*, *vicarium praetor*, etc). El motor que impulsa la máquina es siempre la *actio* (1957, 18).

efectos de la voluntad, etc. Una conclusión muy natural de esta actitud sería, por ejemplo, la de que las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos serían aplicables en caso de silencio del derecho procesal positivo.

Si no fuera por razones de ciencia, siempre sería necesario, pues, analizar la naturaleza jurídica del proceso, por razones de conocimiento del sistema legal vigente. Para contestar a esa pregunta de cuál es la naturaleza jurídica del proceso, nos infiere Couture que la doctrina ha dado diferentes respuestas:

“Una primera considera el juicio un contrato. La relación que liga al actor y el demandado, que se sigue llamando, aunque nada tenga ya de tal, *litis* contestado, es de orden contractual, y ambos se encuentran vinculados con el mismo lazo que une a los contratantes. Una segunda respuesta considera que el juicio, si es un contrato, lo es tan imperfecto, que queda desnaturalizado; el proceso es, por eso, un cuasicontrato. Una tercera respuesta advierte que las dos anteriores son artificiosas; que lo que hay en realidad no es ni un nexo contractual ni uno cuasicontractual, sino una relación jurídica típica, característica, regida por la ley, que tiene un estatuto propio, que es el cúmulo de leyes procesales, y con una determinación que le es peculiar. Una cuarta respuesta niega la existencia de una relación jurídica, sosteniendo, en cambio, la realidad de una situación jurídica. Una quinta respuesta habla de una entidad jurídica completa. Una última respuesta, tendiente a agrupar elementos de las anteriores, ha concebido el proceso como una institución” (2007, 120-121).

Siendo un tema complejo, no fácil de dilucidar debido a las complicaciones que significa su estrecha relación con la jurisdicción y la acción, debemos resaltar que éstas, valga decir, la jurisdicción y la acción se ponen en contacto y se unen a través del *proceso*. De esta manera, debemos indicar que previamente a que el magistrado esté en condiciones de juzgar sobre el tema propuesto a su investigación, es necesario, por parte suya y de aquellos que solicitan su juicio, el cumplimiento de una serie de actividades preparatorias que se suceden ordenadamente para dar a conocer al juez o al árbitro en qué consiste el problema que debe examinar y para proporcionarle la información necesaria para resolverlo según justicia: esta serie de actividades que se suceden en un orden preestablecido, *procediendo*, como hacia su última meta, hacia el acto jurisdiccional, constituye el *proceso*, el cual aparecen conceptualmente como una unidad, en vista de este único fin que une todo su desarrollo, y el logro del cual constituye su conclusión normal; lo cual nos lleva a analizarlo desde el punto de vista de relación jurídica.

4.3.2.1- El proceso como relación jurídica

Es de advertir, que la doctrina dominante concibe al proceso como una relación jurídica¹³⁹. El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez o árbitro; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses.

Puede afirmarse que la tesis de la relación jurídica procesal es la que ha contado con más adhesiones en nuestro tiempo a pesar de ciertas autorizadas disidencias. En contra de esta teoría se hace la siguiente argumentación. Es cierto que la sentencia o el laudo, y, más exactamente, su efecto, la *cosa juzgada*, es el fin del proceso; es igualmente cierto que, según algunas teorías, la sentencia o el laudo tienen la eficacia de un negocio jurídico material, es decir, la de alterar las relaciones jurídicas materiales. Pero aún cuando estas teorías tuviesen fundamento, en rigor cabría atribuir a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, más no la de una relación jurídica. El hecho jurídico que produce una relación jurídica no es, por esa sola circunstancia, una relación jurídica ni siquiera latente. Claro es que el proceso no ha de considerarse como una serie de actos aislados. Pero un complejo de actos encaminados a un mismo fin, aún cuando haya varios sujetos, no llega a ser, por eso, una relación jurídica, a no ser que este término adquiriera una acepción totalmente nueva. "Un rebaño no constituye una relación porque sea un complejo jurídico de cosas semovientes"¹⁴⁰. Lo cual hace referencia a la necesidad de la cohesión entre ellos.

El nunca se ha dudado –dice Bülow, citado por Rengel-Romberg– Que el Derecho Procesal Civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado también

¹³⁹ Valga resaltar a Oskar von Bülow en 1868 en su libro *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Castiglioni, Chiovenda, Ferrara, Köhler, Silva Melero, entre otros, que consideran el proceso como la relación jurídica más perfecta que conlleva al logro de un fin determinado del individuo que se encuentra desprovisto, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, ya en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad, resaltando así que el derecho civil al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones.

¹⁴⁰ Couture, Eduardo al referirse a la relación jurídica que constituye el proceso; que al explicar la naturaleza jurídica del proceso civil romano defiende con más ahínco.

que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir una *relación jurídica* (1995).

Con posterioridad al presente desarrollo se ha advertido, además, que el concepto de la relación no ha sido fijado definitivamente en el lenguaje del derecho y que en los últimos tiempos se halla sometido a una profunda revisión, circunstancia que coincide con ciertas cuestiones de léxico que siempre se han planteado en torno a esta concepción. Sin embargo, el concepto de la relación jurídica procesal y el valor que como tal tiene dentro de la doctrina aquí expuesta pueden determinarse en términos simples. La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de la *relación jurídica*, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.

La relación jurídica procesal¹⁴¹ se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de la relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión y va desarrollándose mediante una serie de actos, de modo que está en un constante movimiento y transformación.

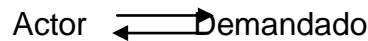
Desde esta óptica, la relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación, en palabras de Couture es

“...la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso. Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de

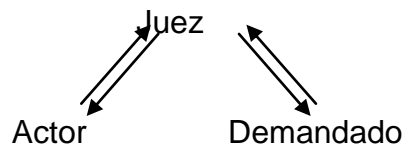
¹⁴¹ En cuanto a su *naturaleza*, Chiofenda nos dice que en la *relación jurídica procesal* es una relación *autónoma y compleja*, que pertenece al derecho público. Es *autónoma* porque tiene vida y condiciones propias, independientes y diferentes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes. Una cosa es la acción y otra la relación procesal. Aquella corresponde a la parte que tiene razón, ésta es fuente de derechos y obligaciones para todas las partes. Es *compleja*, por cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos como sucede con muchas relaciones, aún de derecho civil; pero todos estos derechos coordinados a un fin común, que recoge en unidad todos los actos procesales. Y pertenece al *derecho público* porque se deriva de normas que regulan una actividad pública (1997, 92).

los otros. Sobre lo que no existe acuerdo, en esta teoría, es en lo que dice relación con la forma en que están ordenados tales poderes y ligámenes entre los diversos sujetos del proceso. La doctrina ha dividido aquí sus orientaciones” (2007, 128).

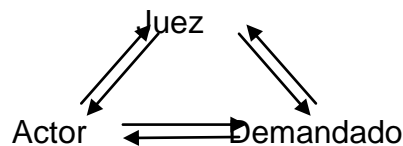
En este bagaje de opiniones y teorías, se halla una primera corriente de ideas que concibe esta relación como dos líneas paralelas que corren solamente del actor al demandado y del demandado al actor (Kohler, citado por Couture). Gráficamente puede representarse así:



Por otro lado, se sostiene que tales vínculos no pueden expresarse con líneas paralelas, si no en forma de ángulo. En la relación debe comprenderse al juez, que es un sujeto necesario de ella y hacia el cual se dirigen las partes y el cual se dirige a las partes. No existe, en cambio, para esta tendencia, ligamen ni nexo de las partes entre sí; ellas están unidas sólo a través del magistrado (Hellwig, citado por Rengel-Romberg) se representa en la siguiente forma:



Y en último lugar, una tercera corriente considera la relación procesal en forma triangular. No se trata solamente de relaciones de partes a juez y de juez a partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Por el contrario, existen vínculos entre las partes que vienen, en cierto modo, a cerrar el triángulo (Wach, citado por Couture). La representación es entonces:



Estos simples signos gráficos muestran, a su vez –nos dice Couture– que el hecho de que el proceso sea una relación jurídica, no obsta a que, en su unidad, se halle compuesto de un conjunto de relaciones jurídicas (2007). Toda unidad es intrínsecamente una pluralidad. Los ejemplos del testamento, de la notificación y del

inventario utilizados oportunamente, muestran como lo que se considera jurídicamente un acto, se halla, a su vez, compuesto de numerosos actos de menor extensión e intensidad. Digamos, pues, que la relación jurídica procesal se compone de relaciones menores y que ellas, como en el último de los esquemas expuestos, no sólo ligan a las partes con los órganos de la jurisdicción, sino también, a las partes entre sí.

Haciendo una revisión detenida de lo expuesto, y con un viraje de los autores patrios, en nuestro concepto es esta la proposición correcta y más seguida de manera recién. La idea de una relación angular es insuficiente, ya que excluye nexos ligámenes procesales como el que surge entre las partes con motivo de la responsabilidad procesal. *Verbi gratia*, luego de la condena en costas surgen derechos de restitución, específicamente procesales, de las partes entre sí, poniendo en evidencia, sin sombra de duda esta *relación jurídica del proceso*.

5.- Etapas históricas del sistema procesal romano tras el procedimiento arbitral

Los mecanismos encaminados a la defensa de los derechos, pueden actuarse en dos campos distintos. Dentro del *campo familiar*, pueden ocurrir desavenencias llamadas *iurgia*, sometidas, para su tratamiento jurídico, al *ius familiare*, aplicado, en los casos concretos y particulares, por el propio jefe de la familia, en su calidad de *iudex domesticus*.

Si nos referimos al campo inter-familiar, pueden también sobrevenir litigios de mayor importancia denominados *lites*. En el referido campo inter-familiar deben distinguirse con todo cuidado *dos métodos o maneras* que hubo para hacer valer los derechos de los *cives romani*, en palabras de Uría,

“Primera manera: Consistía ésta en utilizar el recurso a la fuerza física y material, con la ayuda y cooperación, en casos de necesidad, de los parientes y amigos. Éste primer método de garantía para los derechos salta a la vista que no era ni puede llamarse en rigor, jurídico; como quiera que no existían aún reglas ni frenos que determinados de antemano y con precisión por la autoridad pública competente, lo regulasen... Suele llamarse entre los tratadistas *justicia privada*, ayuda de sí mismo, la justicia primitiva y rudimentaria, que ejercían las propias

personas titulares del derecho, bajo el control y con el concurso ora material ya físico de la sociedad civil.

Segunda manera: La segunda forma de hacer valer los derechos individuales consistía en recurrir al empleo de la fuerza pública, representada por un órgano social destinado al efecto. Esto se hizo posible en sociedades ya algo un tanto adelantadas en el camino de la organización política. Existía en ellas fuerza pública creada para hacer reinar la paz, asegurando a cada uno el libre y ordenado ejercicio de sus derechos. Suele llamarse *justicia pública* o también *justicia social*, la que se ejerce y actúa al modo dicho por el ministerio exclusivo de los órganos sociales determinados establemente y con arreglo a las leyes para la garantía y tutela de los derechos” (1984, 462-464).

Entre la *justicia privada* y la *justicia pública* o *social* se presentan, en el desarrollo jurídico, diversas etapas intermedias, por cuanto la *justicia pública* o *social* no se introdujo en las sociedades civiles de un día a otro. Hubo en ellas, sin sombra de duda, diversos métodos y formas de actuar la justicia que tenían vínculos más o menos estrechos bien con la justicia privada o individual, bien con la justicia pública o social.

Eran los varios *métodos o formas de arbitraje*. Cuando surgían dificultades entre dos individuos, estos, en vez de invocar el *veredictum* de la violencia física o material viniendo a las manos, podían buscar una solución menos brutal y más humana del litigio, consintiendo espontáneamente en acudir a otra persona, elegida como *árbitro*, quien diría cuál de los dos contendientes tenía razón en el pleito.

Llamábase y se llama también en nuestros días *compromiso*, el acuerdo por el cual dos personas en desacuerdo convenían espontáneamente en recurrir a la sentencia, o, para valernos de términos técnicos, al *laudo del árbitro*¹⁴². Éste primer método o forma de *arbitraje* era, conforme se infiere de lo dicho, estrictamente *privado* y *particular* toda vez que sólo en virtud de un acuerdo enteramente libre confiaban las

¹⁴² En el Derecho romano clásico, además del *agere per formulas*, se podía someter la controversia patrimonial a la decisión de un árbitro sin intervención del magistrado alguno, es decir, sin que los términos del litigio se fijasen en fórmula procesal. El procedimiento arbitral se establece mediante un *compromissum* de las partes y un *receptum arbitri* del árbitro. El *compromissum* consiste en estipulaciones recíprocas mediante las cuales el legitimado pasivamente promete pagar una cantidad como pena si no cumple el laudo arbitral, y el legitimado activamente promete atenerse al resultado del arbitraje. El *receptum arbitrii* es el compromiso que adquiere el árbitro elegido por las partes de dirimir la controversia patrimonial en justicia y sin atenerse a las formas del *agere per formulas* ni a la alternativa del silogismo judicial; condenar o absolver. El **laudo arbitral** no da lugar a una *actio iudicati* sino únicamente a la *actio ex stipulatu* contra el legitimado pasivamente si no cumplía el laudo arbitral, o contra el legitimado activamente si éste acudía a la acción ordinaria. En la medida en que las estipulaciones recíprocas pueden valer como un pacto de renuncia a la acción ordinaria, si el legitimado activamente pretende ejercitar dicha acción ordinaria, el legitimado pasivamente puede oponer una *exceptio veluti pacti* en lugar de demandarle con la *actio ex stipulatu*. En relación con el *receptum arbitrii*, quizás daba lugar -como todos los recepta- a una *actio in factum* contra el árbitro que, habiendo aceptado el cargo, se negasen posteriormente a dar su laudo arbitral (Betancourt, 2007, 223).

partes a una tercera persona el estudio y la solución de su diferencia. Era menester que los dos se pusieran de acuerdo sobre el particular, y nadie les podía obligar a ello. Una vez que la persona elegida para el arbitraje pronunciara su laudo, no había quien pudiese compeler, por lo menos con eficacia y jurídicamente, a las partes a que aceptaran su decisión. Si una de ellas se negaba a ejecutar el laudo pronunciado por el árbitro, reaparecería automáticamente el empleo de la violencia física o material actuada por los individuos y personas particulares. En suma, el arbitraje de esta manera concebido y actuado era aún una institución de carácter estrictamente privado.

Pero, conforme iba progresando la organización social y política de los pueblos, fueron apareciendo gradualmente diversos *métodos o formas de arbitraje* que eran ya, por lo menos en cierto grado, *públicos*. Esto sucedió cuando las partes en desacuerdo se vieron obligadas a renunciar al derecho de recurrir a la violencia física o material y a zanjar su litigio por el ministerio de un árbitro. Nos hallamos ante el caso del *arbitraje obligatorio*, que se opone al empleo de la fuerza física o material utilizada por las personas particulares para la defensa y garantía de sus derechos. Cuando las partes contendientes se vieron de esta manera obligadas a aceptar y ejecutar la sentencia o laudo proferido por los árbitros, el *arbitraje legal o público*, continuó siendo en cierto grado y medida institución de justicia privada, pasó desde entonces a ser institución de justicia pública, constituyendo el camino para llegar en un día más o menos lejano a la categoría de la justicia social administrada por el Estado en sus tribunales (Uría, 1984).

A lo largo de los XIII siglos que abarca el estudio del Derecho romano, desde la Fundación de la ciudad (que según Varrón habría ocurrido en el siglo VIII a. C., específicamente el 21 de abril del año 753 a.C.) hasta la muerte del Emperador Justiniano, la tramitación de los pleitos sufrió diversas modificaciones. La doctrina agrupa los distintos procedimientos en dos categorías distintas:

A) La conocida como sistema de los juicios privados, *ordo iudiciorum privatorum*, cuya denominación deriva del hecho de que la sentencia o laudo con la que normalmente concluía el proceso, era dictada por uno o varios ciudadanos, ajenos al

poder del Estado, elegidos por las partes o sorteados de entre una lista de *cives*, para que actuasen como juez unipersonal o tribunal colegiado. Dentro de esta categoría se encuadran los procesos denominados de acciones de la ley, *legis actiones*, y formulario, *per formulam*.

En estos dos procesos, la primera parte del litigio se desarrollaba ante el magistrado, autoridad política representante del poder estatal, que autorizaba o no el inicio del procedimiento, mediante un *dare* o *denegare actionem*. Esta fase se denominaba *in iure*, por desarrollarse en el magistrado, que se situaba en un estrado ubicado en el foro. La segunda parte se denominaba *apud iudicem*, por desarrollarse ante uno o varios jueces privados elegidos por las partes. Se considera, de forma convencional, que el procedimiento de las acciones de la ley, *legis actiones*, estuvo vigente en Roma desde la publicación de las XII Tablas hasta la segunda mitad del siglo II d.C. Éste tipo de procedimiento, al que se alude en las fuentes con la denominación de *iudicium legitimum*, en atención que estaba previsto en la ley, era únicamente accesible a los ciudadanos romanos y sólo podía utilizarse, en los primeros siglos, para resolver controversias, producidas en las misma ciudad de Roma o dentro de la primera milla fuera de los límites de la *civitas*. Se trataba de supuestos relacionados con el reconocimiento o contravención de uno de los derechos tipificados como tales en el Ordenamiento jurídico ciudadano, *ius civile romanorum*, que era por tanto el único aplicable tanto en sus aspectos sustantivos como procesales.

El procedimiento tenía carácter oral¹⁴³. Las partes debían utilizar expresiones predeterminadas, literales y taxativas, so pena de incurrir en la pérdida del litigio por defecto formal. Durante siglos fueron los sacerdotes los depositarios de las fórmulas verbales adecuadas a cada litigio y los consejeros de las partes intervinientes. En ocasiones, la fórmula verbal reproducía las expresiones literales contenidas en una ley pero, en otros casos, la fórmula tenía carácter consuetudinario, y la formulación de una expresión equivocada, con el riesgo de que ello se produjese sobre todo en éste segundo caso, suponía la pérdida del litigio. A partir de las XII Tablas y de forma

¹⁴³ En sus inicios, el proceso en su totalidad se desahogaba mediante la palabra: normalmente se agotaba en una sola audiencia y en actos populares, como ocurrió en el ágora del antiguo Derecho griego o, bien, en la plaza pública (*Forum*) del Derecho romano, estableciéndose así el criterio de un proceso dominado por la oralidad, donde, como es natural, representó una importante economía procesal, concentración e inmediatez procesales por virtud de no documentarse por escrito sus actuaciones.

progresiva en los siglos posteriores, fueron los juristas laicos los que, primero al propio tiempo que los sacerdotes pontificios, y con posterioridad, de forma exclusiva, una vez concluido el proceso de secularización del derecho (del *ius*), procedían a aconsejar a las partes la fórmula verbal adecuada para cada litigio.

La incertidumbre y la perplejidad del procedimiento de las *legis actiones*, sólo accesible a los *cives romani*, comienza a producirse a partir del momento en que los extranjeros empiezan a acudir y establecerse, en ocasiones, de forma permanentemente en una ciudad en permanente expansión como es la Roma republicana. Los litigios entre ciudadanos y extranjeros y entre extranjeros entre sí, se sustancian ante el magistrado, que decide la controversia no mediante un *iudicium legitimum*, con la aplicación del derecho civil romano, sino con fundamento en su poder de imperio, lo que da lugar a los denominados *iudicia imperio continentur*¹⁴⁴.

Vista esta situación desde otra óptica, nos reitera Fernández de Buján (2006),

“... que el rigorismo formalista y la exclusividad en la legitimación procesal, que caracteriza las acciones de la ley, junto con la necesidad de resolver controversias entre *cives* y *peregrini* y entre extranjeros que litigan entre sí, hacen conveniente, un cambio en la forma de tramitación de los procesos, que se concreta en la creación de un nuevo procedimiento conocido con la denominación de *formulario*, en atención a que el elemento caracterizador de este consiste en un escrito, denominado *fórmula*, que probablemente redactado de forma conjunta, por las partes, los juristas que, en su caso, las asesoren y el magistrado, se entrega al juez para que le sirva de guía en la resolución de la controversia” (20).

La redacción de la fórmula, que reproduce por escrito el acuerdo contractual entre las partes, aprobado por el magistrado, supone la finalización de la fase *in iure*, y se denomina *litis contestatio*¹⁴⁵, en atención a que en los primeros tiempos se producía una llamada a testigos, *con testatio*, para que diesen fe del acuerdo logrado sobre los

¹⁴⁴ Tal como señala Fernández de Buján, la delegación de la *iurisdictio* encuentra su propio fundamento en el *imperium* magistratual, y la misma terminología de *iudicia imperio continentia* confirma que, en la concepción romana, la *iurisdictio* encontraba su fundamento en el *imperium*. Con esto adhiere a la posición mayoritaria, aceptando las teorías intermedias, conforme a las cuales el término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento.

¹⁴⁵ En palabras de Uría (1984), las dos etapas o períodos del procedimiento judicial, valga decir *in iure* e *in iudicio*, se separaban uno del otro, por la *litis contestatio*. Era así la *litis contestatio* un verdadero contrato en cuya virtud el demandante y el demandado, después de haber definido el punto en controversia, se comprometían, ante el magistrado público a someter su estudio y resolución definitiva a un juez o a un árbitro según los casos, obligándose, de antemano, a aceptar la o ejecutarla con puntualidad y fidelidad.

términos del litigio y la persona del juez, cuya sentencia se comprometen a acatar las partes.

El surgimiento del procedimiento formulario, no significó la derogatoria inmediata de las *legis actiones*, durante casi 100 años conviven el procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento formulario. Gayo, que es nuestra fuente más importante para el estudio de las acciones de la ley, nos dice en un conocido fragmento que las *legis actiones* se fueron desprestigiando paulatinamente, habiendo llegado el formalismo al extremo de que el mínimo error hacía perder el pleito y que su abolición se produjo en virtud de *Lex Aebutia*¹⁴⁶ del año 130 a.C. y de dos Leyes Julias del 17 a.C., a partir de las cuales se litigó mediante fórmulas. Gayo señala que únicamente se conservan las acciones de la ley en dos casos, el supuesto de daño temido y los juicios ante el tribunal de los *centumviro*s¹⁴⁷.

B) La segunda categoría se corresponde con la *cognitio extraordinaria*, así denominada en atención a que en determinados supuestos la tramitación del procedimiento se realizaba de forma distinta a la ordinaria del proceso formulario. Lo extraordinario de la tramitación, *extra-ordinem*, consistía en que todo el pleito, desde el inicio del procedimiento, hasta la promulgación de la sentencia, corría a cargo de un funcionario del Estado, juez profesional y experto en derecho, lo que supuso la desaparición de la bipartición del proceso ante un magistrado-autoridad política, y un juez-ciudadano privado elegido por las partes. La *cognitio extraordinaria* supone una nueva concepción de la Justicia y del Estado, en la que los términos *iudex* y *sententia*, que continúan siendo entonces utilizados y que llegan hasta nuestros días,

¹⁴⁶ *Lex Aebutia* de entre los años 150 y 120 a.C. que introdujo el *sistema formulario*, en el ámbito procesal civil, por el cual el rígido procedimiento de las "*legis actiones*" comenzó a declinar, y ser sustituido progresivamente por éste, menos solemne, y que no era totalmente oral como su predecesor, sino que contaba con una parte escrita, la fórmula, aunque continuaba dividiendo el proceso en dos etapas (la *in iure* que se desarrollaba ante el magistrado y la *apud iudicem* que se sustanciaba ante el Juez). Enseña Biondi (1990) que superada la fase formal de las acciones de la ley a través de la *Lex Aebutia* se llega a un proceso efectivamente carente de formas, de formal no tenía sino la fórmula, la precisa y rigurosa redacción de la fórmula no debe maravillarnos si se tiene presente que participa de la ley y del arbitraje y por esto debía tener la clara y precisa formulación. El proceso era estrictamente laboral porque no es formar y porque los latinos eran contrarios a la escritura; descripto solamente la fórmula por ello ninguna formalidad ni para la iniciación del juicio ni para el desahogo de las pruebas ni para el pronunciamiento de la sentencia o su ejecución.

¹⁴⁷ No nos interesa entrar en la conocida polémica acerca del papel que la *Lex Aebutia* y las Leyes Julias cumplieron en la introducción del procedimiento formulario, pero sí conviene resaltar la referencia a los dos supuestos excepcionales aludidos por Gayo, en los que parece claro que existe un conflicto de intereses que se dirimiría mediante *legis actiones* contenciosas, así como la afirmación contenida en los Fragmenta Vaticana, conforme a la cual "... *nulla legis actio prodita est de futuro*", porque todo ello contrasta con la mención de la *legis actio* en textos de la época clásica, en relación con los supuestos que Marciano considera de *iurisdictio* voluntaria, lo que denota la vigencia de este antiguo procedimiento, en la época del proceso formulario.

tienen ya una significación diferente a la que tenían en las épocas republicana y clásica.

Como asevera Fernández de Buján (2006)

“Los primeros supuestos de *cognitio extraordinaria* de la controversia se producen con Augusto, a través de una fórmula intermedia consistente en la designación de una juez, *iudex datus*, por parte del magistrado, probablemente para conocer determinados supuestos que hasta entonces no eran más que obligaciones morales, la prestación de alimentos entre parientes, los fideicomisos, los codicilos o los créditos por honorarios de los profesionales liberales (22).

Según la cronología romana, la abolición definitiva del procedimiento formulario y su sustitución oficial por la *cognitio extra ordinem*, se produce por una Constitución de Constancio y Constante del año 342 d.C., en la que se promueve una supresión general de las fórmulas en todos los actos. A estas Constituciones alude el texto con estas palabras: *ex constitutionibus divorum principum*.

5.1.- Procedimiento de las *legis actiones*

Se considera necesario, previo al estudio detenido de las *legis actiones*, hacer una referencia sucinta del Derecho Procesal romano en cuanto es el medio ordenado en toda sociedad política bien constituida y convenientemente gobernada para actuar la garantía y la tutela bastantes de tales derechos.

5.1.1.- El Derecho Procesal romano

El Derecho Procesal ha sido definido, según la *communis opinio*, como el conjunto de normas que regulan la forma en la que, el individuo puede pedir al poder público que lo ampare contra quien desconoce o viola su derecho. Ciertamente, el Derecho, como conjunto de normas que regulan las relaciones sociales expresando la voluntad de la clase dominante, tiene como elemento consustancial su carácter obligatorio y coercitivo. La norma jurídica no es dictado de conducta de cumplimiento voluntario u optativo; por el contrario, sus normativas constituyen obligaciones generales, pues en ella se refleja en los fundamentales intereses de las clases dominantes. Por demás,

el incumplimiento de la norma jurídica comporta una sanción y, casi siempre, la compulsión estatal, la cual define el carácter coercitivo del Derecho.

Entonces es preciso que exista otro conjunto de normas también jurídicas que la doctrina ha denominado adjetivas, reguladoras de la forma en que el Derecho se realiza, de la forma en que compele al cumplimiento de la norma sustantiva.

5.1.2.- Estudio del Derecho Procesal romano. Sentido, importancia y lugar

El análisis histórico de la evolución de la defensa del derecho evidencia, a grandes rasgos, que la humanidad, en su evolución ascendente, se ha elevado desde la aplicación personal del Derecho, hasta una creciente intervención estatal en la aplicación y defensa del ordenamiento jurídico. En la comunidad primitiva, sin estado ni Derecho, los hombres cuidaban colectivamente del cumplimiento de las normas sociales, y por tanto, la defensa de estas normas constituyó una responsabilidad solidaria de todo el grupo.

Posteriormente, cuando la organización social se convirtió en organización político-social y emergieron las normas jurídicas, con un sentido de clase, impuestas por un aparato de poder separado de la sociedad en su conjunto, subsistieron, en los primeros momentos, las viejas prácticas de la comunidad primitiva y, el Derecho, ya como tal, se defendía casi exclusivamente por los propios interesados, bien personal, bien familiarmente. Finalmente, en la misma medida en que el Estado cobra todos sus perfiles definitorios y se perfecciona como instrumento político de poder de las clases dominantes, su intervención en la defensa del Derecho se hace resuelta y llega incluso, a excluir la posibilidad de participación personal del perjudicado y va observándose en la utilización de una compensación sustitutiva de la venganza personal o familiar.

Al mismo tiempo, en esa compensación económica el Estado va demandando su parte, como elemento que ya no se reduce a arbitrar entre los intereses individuales y sobre la aplicación del Derecho, sino se constituye cada vez más en guardián exclusivo del ordenamiento jurídico. Los pueblos germanos evidencian en su desarrollo esta evolución: allí la venganza se va descomponiendo y va siendo

sustituida por una compensación económica, pero posteriormente ésta se descompone en dos partes: una suma que el Estado se reserva por su intervención en la defensa del Derecho y la que recibe la víctima de la transgresión jurídica. Finalmente, desaparece la segunda y el Estado queda como único interesado en la defensa de la norma jurídica. Dihigo, (1951) adoptó un criterio antitradicional, al insertar el estudio del Derecho Procesal sin haber concluido todo el estudio de las ramas sustantivas del Derecho, al mencionar que

“...sin embargo, hay a mi juicio razones poderosas para alterar el orden clásico, como lo han hecho ya otros autores. El Derecho romano es esencialmente procesal. Quiero decir con esto que una gran parte de su evolución, quizás la más importante, no se efectúa por medio de reformas emanadas del poder legislativo ni siquiera cuando el ejercicio de éste se hizo fácil y expedito por la instauración del Imperio y la concentración de poderes en manos de los Césares. El perfeccionamiento del derecho, su adaptación a las nuevas necesidades, a las nuevas concepciones de la vida y a las nuevas condiciones económico-sociales, fue obra de los magistrados investidos de la función judicial, y particularmente de los pretores, que, en sus innovaciones, acogieron, en muchos casos, las enseñanzas de los grandes jurisconsultos de su tiempo” (23).

De allí que el Derecho Procesal romano es preciso estudiarlo previamente a las normas sustantivas de otras ramas del ordenamiento jurídico romano. De otra forma sería imposible comprender cabalmente el desarrollo de las segundas; no será posible conocer cabalmente el régimen obligacionista de Roma, si previamente no hemos conocido en las normas fundamentales que orientaban sus actos procesales. En un inicio, según precisa Freixas-Pujadas el paterfamilias –jefe del grupo familiar– era quien actuaba como el tercero imparcial. Posteriormente, este papel fue atribuido a un *árbitro* al que recurrían voluntariamente las partes para plantearle los conflictos o disputas mediante una ordalía, llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Finalmente, se aceptó que las partes en conflicto eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería sus discrepancias (1980).

5.1.3.- La organización judicial romana

En Roma no estaban separadas las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, sino que por el contrario, los funcionarios de la Monarquía, la República y el Imperio,

posteriormente, reunían en sus niveles correspondientes estas tres grandes funciones. Las facultades del magistrado si tenían distinción y eran las siguientes: El *imperium merum*, era la facultad o poder que tuvieron los magistrados supremos, para disponer o prohibir determinados actos e incluso, utilizar la fuerza pública para hacer cumplir sus disposiciones. Este poder no lo tenían nunca los magistrados municipales. La *iurisdictio*, era la facultad de conocer de los litigios por razón de aplicación del derecho y dictar la solución en la controversia. Como bien afirman los autores, corresponde a la verdadera función judicial. El *imperium mixtum*, era un *imperium* excepcional que se brindaba a algunos magistrados que poseían la *iurisdictio*, para que pudieran sumar a ésta el *imperium merum* y por tanto, pudieran ejecutar con aplicación de la coerción, sus propias decisiones judiciales.

Debemos significar que el *imperium merum* era indelegable, pues constituye la función inmanente al poder político, pero al contrario, la *iurisdictio* podía ser delegada por el funcionario, incluso a un particular que la ejercía temporalmente.

Nos revela Uría (1984) que

“...el papel que ejercía el magistrado en los procedimientos judiciales civiles por las *legis actiones* era muy limitado. Casi todo lo solían hacer el demandante y el demandado por su cuenta y riesgo el magistrado apenas hacía otra cosa que presenciar, en su carácter de *testis autorizabilis*, es decir, en nombre de los poderes públicos centrales, las actuaciones varias de las partes in iure, para dar fe, cuando fuera necesario, de que en el proceso se llenaran puntualmente y con rigor todos los requisitos y formalidades señalados en las leyes y exigido por las mores *maiorum consuetudo*. En particular, era de la incumbencia privada del actor la *in ius vocatio* –emplazamiento– y la *exsequutio sententiae*: ejecución de la sentencia” (472).

La organización del *poder judicial* romano sufre una evolución que corre paralela al curso de las transformaciones políticas que se operan sucesivamente bajo la monarquía, la República y del imperio. Sin embargo, dicha organización no coincide con los cambios de formas de gobierno sino más bien con los movimientos de expansión política desde Roma a Italia y desde esta hasta las más apartadas regiones de Europa y Asia. Para entender esta organización es indispensable delinear una noción de la *magistratura* de la función del *pretor*, de la actividad del juez o del árbitro, unipersonal o plural, de las diversas clases de tribunales colegiados que actuaban más bien en forma del jurado y, por último, es necesario

tener en cuenta que la estructura judicial cambia, según se trate de Roma, Italia o las provincias, y también según el sistema procesal en vigor.

En Roma, los Reyes en la Monarquía y los cónsules en la República y durante una y otra época, los Pretores Urbano y Peregrino y los Ediles Curules, son los magistrados. Al advenimiento del Imperio, los magistrados son: el Emperador, el Prefecto de la ciudad, el Prefecto del Pretorio y los Pretores. Se duda si los tribunos de la plebe -*tribuni plebis*-, tenían verdaderas facultades jurisdiccionales, pues si bien es cierto que mediante la *intercessio* podían suspender la ejecución de los actos del *Imperium*, en cambio, no existen pruebas evidentes de que estos mismos efectos los pudieran obtener contra los actos de jurisdicción (Cuenca, 1957).

En Italia a los mismos ciudadanos eligen los magistrados de los municipios y de las colonias y se llaman *duumviri*; los prefectos nombrados desde Roma ejercían las prefecturas. En las provincias, los gobernadores llamados por los cónsules, al mismo tiempo que funciones administrativas, ejerciendo funciones judiciales.

En Roma y Constantinopla existen jueces superiores, ordinarios e inferiores. Los superiores son el Emperador¹⁴⁸, los Prefectos del Pretorio¹⁴⁹ y los Vicarios¹⁵⁰. Los ordinarios son los Pretores Urbanos en Roma y Constantinopla, y los Gobernadores en las provincias. Los inferiores son los magistrados municipales, los *defensores civitatis* (de los intereses locales contra el poder central) y los *pedanei iudices* que conocían las causas pequeñas (no mayores de 300 sólidos).

5.1.4.- Fase *in iure*¹⁵¹

Para iniciar el proceso, el *reus* debió naturalmente ser *citado* a juicio. En el antiguo Derecho romano, dicha citación la solía hacer el propio demandante, sin que

¹⁴⁸ César Augusto, Claudio, Calígula, Tiberio, Trajano, Nerón, Adriano, Marco Aurelio, Cómodo, Vespasiano, Domiciano, Septimio Severo, Antonino Pío, Caracalla, Nerva, Vitelio, Alejandro Severo, Tito, Dioclesiano, Constantino, entre otros.

¹⁴⁹ Publio Acilio Aciano, Marco Arrecino, Cleandro, Cornelio Fusco, Casperio Eliano, Lucio Elio, Floriano, Lucio Laberio, Nevio Sutorio, Papiniano, Paulo, Plotio Firmo, Rufino, Ulpiano.

¹⁵⁰ Las siguientes fueron provincias imperiales, donde ejercía funciones el Vicario: Aegyptus, Alpes Cottiae, Alpes Maritimae, Alpes Poenninae, Armenia, Assyria, Britannia, Cilicia, Dacia, Dalmatia, Galatia, Gallia Aquitania, Gallia Belgica, Gallia Lugdunensis, Germania Inferior, Germania Superior, Hispania Tarraconensis, Judaea, Lusitania, Moesia, Noricum, Panonia, Raetia, Corsica et Sardinia, Syria, Tracia, entre otras.

¹⁵¹ La fuente principal de conocimiento de las acciones de la ley, y del proceso en general, es el Libro de IV, 11-30 de la obra que el jurista Gayo, a mediados del siglo II d.C., escribe con finalidad pedagógica y denomina *Institutiones*. La versión más completa de esta obra es un código manuscrito, de aproximadamente tres siglos después del original Gayano, el código de Verona.

intervinieran en ello las autoridades judiciales o sus auxiliares. Con arreglo a la Ley de las XII Tablas, el actor, al encontrarse con el *reus* en la vía pública, le intimaba, haciendo uso de ciertas palabras rituales, la *in ius vocatio*, o lo que es lo mismo, el emplazamiento. El demandado tenía en todo caso el deber de conformarse luego sin replicar con la mencionada intimación. Cuando se negara a hacerlo, el demandante se hallaba autorizado, ya que no por las leyes, al menos por las costumbres para llamar a los testigos y aprehenderle. Si el reo lograba escaparse, el actor tenía el derecho de recurrir al empleo de la fuerza física o material, y de arrastrarlo *obtorto collo* –asido de la garganta– al tribunal.

La citada Ley de las XII Tablas contenía en este respecto algunas disposiciones y medidas más moderadas que debían observarse para ciertos casos. Así, por ejemplo, cuando el reo fuera anciano o se hallará enfermo, el actor tenía la obligación estrecha de suministrarle, a sus expensas, un caballo o una litera para ese propósito. El demandado debía, por su parte, o seguir al demandante o presentar un *vindex*¹⁵², es decir, garante o procurador que lo reemplazase en juicio. Esto último se refiere, como se corrige de lo antes dicho, a una época relativamente moderna, pues en los primeros tiempos no cabía la procuración o representación (Uría, 1984).

Presentes las partes ante el magistrado, lo que se producía en la mayor parte de los litigios, y conocido por el magistrado el objeto de la controversia, parece razonable pensar, que antes de solicitar la protección derivada de una acción específica, se procedería a dilucidar una serie de *cuestiones previas*, como la propia competencia del magistrado, que serán apreciadas de oficio por éste, la capacidad de las partes para intervenir en el proceso, la legitimación de las partes en relación con el objeto del litigio, la no reiteración del asunto por haber sido sentenciado en un proceso anterior, conforme a la regla *ne bis in idem*, así como, la razonable atendibilidad *a priori* de la petición del actor y la inclusión del objeto de controversia en alguno de los moldes formales de actuación procesal previstos en la ley.

¹⁵² El *vindex* como garante debía tener una posición económica equiparable a la del *reus*, lo que supondría una garantía ante el cumplimiento de eventuales obligaciones. Así nos lo transmiten las XII Tablas cuando establece que si el demandado es un propietario de tierras, *adsiduus*, el garante, *vindex*, debía tener su misma condición: *adsiduo vindex adsiduus esto*.

Si, a juicio del magistrado, no se cumpliría alguno de estos requisitos previos, se procedía de negar la autorización para incoar el procedimiento. En caso contrario, se iniciaba el desarrollo de los ritos, gestos o fórmulas verbales que, pronunciadas por ambas partes, según las características propias de cada uno de los modos de actuación, desembocaban en la petición de acción, *editio actionis* y, su concesión, *dare actionem*, por el magistrado, lo que suponía la autorización para sustanciar el proceso, en sentido técnico ante el juez.

Los jueces y árbitros, designados por el magistrado *in iure* normalmente a propuesta de las partes para decidir la controversia, eran ciudadanos privados que tenían que dar la sentencia en un litigio concreto, por haber sido nombrados para él. Pero estos jueces no eran meros árbitros, pues no habían sido llamados a su función por las partes, sino por el magistrado. En este sentido, el poder jurisdiccional del magistrado constituía también el fundamento del proceso *apud iudicem*; este poder otorgaba al fallo del juez (*sententia*) la autoridad estatal. Si prescindimos de esta manifestación más bien formal del poder del magistrado, entonces, a primera vista, parece como si la influencia del magistrado en el desarrollo y desenlace del proceso fuera muy pequeña y, en realidad, es probable que así fuera mientras el procedimiento *in iure* estuvo dominado por el rígido formalismo de las *legis actiones*. Las partes debían recitar ante el magistrado la pretensión y la contestación a ella, respectivamente, según formularios, cuyo tenor se apoyaba estrechamente en las prescripciones correspondientes de las XII Tablas y de algunas leyes populares posteriores. El magistrado difícilmente hubiera podido negarse a dar juez a una acción interpuesta de este modo, cumpliendo los requisitos de forma (Kunkel, 2003).

Pero este estado de cosas cambió al surgir junto a las *legis actiones* otra forma de procedimiento *in iure*, en la que se desarrollaba una tramitación libre ante el magistrado en vez de la afirmación y negación solemnes. Desde ese momento, las partes podían presentar pretensiones y excepciones que no estuvieran comprendidas en ninguna de las *legis actiones*. Más aún, el magistrado, libre del formalismo de las *legis actiones*, para basar su decisión sobre el reconocimiento de un juez, podía apoyarse en una valoración de lo que aportaran las partes. El magistrado podía también prescribir al juez en qué sentido tenía que estudiar el caso

en cuestión y cómo debía decidir. Así, de hecho, el magistrado vino a ocupar una función clave en el curso de todo el proceso, aunque él, lo mismo que antes, sólo ejerciera la función de introducir el proceso.

El decreto sobre la concesión de un juez (*dare iudicem* o *iudicium*) y sobre su función de condenar al demandado (*condemnare*) bajo ciertas condiciones y de "absolverlo" (*absolvere*) faltando éstas, lo daba el magistrado oralmente al terminar la tramitación *in iure*. Correspondía a las partes fijar en un documento el tenor de este decreto. Para ello, antes de que se notificara el decreto, reunían testigos para que garantizaran con su sello los escritos de las partes. Debido a esta innovación de testigos, se llamaba a todo el acto que cerraba el procedimiento *in iure, litis contestatio*, 37-38 "testificación del litigio" (siendo el núcleo de éste el decreto del magistrado). Con referencia al decreto mismo, se hablaba simplemente de *iudicium dare*. Por regla general, su tenor seguía determinados modelos de formularios que se daban a conocer en el edicto del magistrado correspondiente; de ahí que las partes procesales se encontraran en situación de referirse a estas fórmulas en sus peticiones al magistrado.

Como se ha indicado, lo más frecuente que podía suceder en la comparecencia era que a la petición del actor se opusiera el demandado, como reflejo del principio contradictorio¹⁵³. En uno y otro caso, las partes debían emplear necesariamente las palabras prescritas en el texto legal, *certis verbis*, so pena de perder el litigio. Se trataba de fórmulas verbales, ligadas en ocasiones afines a comportamientos rituales. El más leve error o incumplimiento de lo previsto en la ley suponía la pérdida del litigio, lo que se traducía en un extremo formalismo y rigidez en el procedimiento, en especial en las dos primitivas acciones de la ley, la acción de la ley por el juramento y la acción de la ley por apoderamiento. En las otras tres acciones de la ley prototípicas, el formalismo es menor, así como la brevedad en la sustanciación del litigio (Fernández de Buján, 2006).

¹⁵³ El *principio de contradicción* o *principio contradictorio*, en el Derecho procesal, es un principio jurídico fundamental del proceso judicial en la antigua Roma y que se extiende al proceso moderno. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el Tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes. Según este principio, el proceso es una controversia entre dos partes contrapuestas: el demandante y el demandado. El juez, por su parte, es el árbitro imparcial que debe decidir en función de las alegaciones de cada una de las partes.

Del mismo modo, la ejecución de la sentencia pronunciada por los jueces, previo juicio normal, no se hallaba asegurada por la fuerza pública, sino que era de la incumbencia exclusiva del actor, que logró obtener fallo satisfactorio.

5.1.4.1.- Tipología de *legis actiones*

Las *legis actiones* eran cinco¹⁵⁴: *Legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per conductionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, y, por último, *legis actio per pignoris capionem*.

5.1.4.1.1.- *Legis actio sacramento*:

Esta acción de ley es importantísima en la historia del derecho procesal romano. Consistía la *legis actio sacramento* en una especie de apuesta –*sponsio*– que hacían las partes ante el magistrado –*in iure*– y que debía pagar quien perdiese el pleito: o al Pontífice, en los primeros tiempos, para los gastos del culto; o más tarde, al erario del *Status Civitas*. En un principio la suma aportada por las partes debían colocarse en manos seguras, probablemente en las del Pontífice o también en las del magistrado; pero más tarde se introdujo la práctica de presentar fiadores, llamados *praedes sacramenti*, siendo en este caso los *triumviri capitales* los que se encargaban, por ley o por costumbre, de hacer efectiva la suma perdida. Como amplía Fernández de Buján “concluidas las manifestaciones del principio contradictorio, las partes se provocaban de forma recíproca a un juramento que llevaba aparejada una cantidad de dinero, de 50 a 500 ases –el as era ya la moneda corriente en la época–, dinero amonedado, *pecunia numerata* (2006, 84).

En el *sacramentum*¹⁵⁵, lo mismo que en las demás acciones de ley, el procedimiento se dividía en dos períodos o etapas: la primera *in iure*, y la segunda *in iudicio*. En la

¹⁵⁴ Gayo, I. 4.12: “Las acciones de la ley eran de cinco clases: por el juramento, por petición del juez, por aplazamiento o condición, por aprehensión de la persona del deudor y por toma de prenda”. Las tres primeras acciones indicadas por Gayo tienen naturaleza *declarativa*, es decir, persiguen la declaración de existencia o reconocimiento de un derecho controvertido entre las partes. Las dos últimas tienen naturaleza *ejecutiva*, es decir persiguen o bien el cumplimiento de una sentencia declarativa no va captada por el condenado o bien el hacer efectivos ciertos créditos determinado por la ley, que excepcionalmente son considerados como títulos ejecutivos equiparables a las sentencias declarativas.

fase *in iure*, después de haber visitado a su deudor, comparecían los litigantes ante el magistrado. El reclamante colocaba su *festuca* (diminutivo de la lanza, según dice Gayo), sobre la cosa reclamada. La segunda fase del proceso, *in iudicio*, se desenvolvía toda ante el juez, en la plaza pública, delante de testigos (amigos y parientes), que habían presenciado el debate ante el pretor. El juez o de las partes, verificar las pruebas por ello presentada, sin poder suplir ninguna y antes de la puesta del sol dicta la sentencia. Ésta se limita a indicar cuál de las partes ha apostado injustamente y debe entregar el *sacramentum* (Cuenca, 1957).

5.1.4.1.2.- *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*:

Es de advertir, que el fragmento de los *Comentarios de Gayo*, relacionado con esta segunda especie de acciones de ley, se ha perdido por completo, tal como lo manifiesta Buckland (1951), y antes del hallazgo en El Cairo-Egipto de los nuevos fragmentos de las *Instituciones de Gayo*, poco se sabía de esta acción, pues la exposición sobre ella faltaba en el conocido manuscrito de la Biblioteca de Verona. Algunos romanistas suponían que esta acción no era sino parte de la *actio sacramenti*; otros la consideraban como una innovación introducida por la Ley Pinaria; Keller¹⁵⁶ (1973) **sostuvo que se aplicaba al arbitraje, hipótesis no distante de la verdad y que, constituye la razón de ser de esta investigación, debido a que consideramos que el origen del arbitraje comercial internacional se encuentra justamente en esta acción de petición de un juez o de un árbitro.**

¹⁵⁵ Conforme al texto gayano, mediante esta *actio*, en definitiva, se puede reclamar tanto el cumplimiento de un derecho real, *legis actio sacramento in rem*, como la exigencia de un compromiso o una prestación a un sujeto pasivo, *legis actio sacramento in personam*. Probablemente en sus orígenes, esta acción sirvió de cauce para exigir el cumplimiento de obligaciones o de responsabilidad civil derivada por delitos, *verbigracia*, de daños causados en cosas ajenas. Posteriormente, se habría ampliado su objeto a la exigencia de obligaciones derivadas de relaciones contractuales, por ejemplo deudas pecuniarias exigibles por contrato verbal de *sponsio* o *stipulatio*. Parece razonable pensar que el actor manifestara ante el magistrado la causa, delito o contrato, que generaría, a su juicio, la obligación cuyo cumplimiento exigió el demandado.

¹⁵⁶ Friedrich Ludwig von Keller (1799-1860), profesor de Heidelberg, Alemania, que en su obra "*Procedimiento civil y acciones entre romanos*" (1853), nos señala que en la evolución histórica del Derecho romano, con la introducción del arbitraje se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente por el compromiso de los antagonistas que, esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podría encontrar asidero para lograr su obediencia y cumplimiento.

La acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro habría sido creada *ex novo* por la Ley de las XII Tablas para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato verbal de *–sponsio–* y para reclamar la división de una herencia.

Debido a esta inopia, Uría (1984) nos resalta que conocemos tan sólo dos cosas con certeza:

“*Las palabras que el demandante debía pronunciar ante el magistrado, durante el procedimiento incertidumbre, so pena de perder el pleito, eran las siguientes, de acuerdo con lo que nos refiere el historiador romano Valerio Probo: *Te, Praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des*: Te suplico, Pretor, primero es un juez o un árbitro.

*El examen de los hechos alegados por ambas partes en el procedimiento *in iure*, y el fallo de la sentencia definitiva podían ser de la incumbencia de un juez o de un árbitro, a elección del magistrado” (480).

Por lo demás, los *jueces*, debían atenerse, en la sustanciación y la resolución del pleito, al rigor de las normas comprendidas en el *ius civile*, interpretado y fijado de antemano, en orden a cada uno de los casos, por los Pontífices, que constituyeron el instrumento principal de la jurisprudencia durante la época antigua. En cambio, los *árbitros* podían proceder con mucho mayor amplitud y libertad que los jueces, tanto que el estudio de la causa como de la redacción y pronunciación del fallo definitivo (*laudo*), teniendo en cuenta, además de las normas comprendidas en el *ius civile*, expuesto y declarado en forma auténtica por los Pontífices, los dictámenes de la razón y equidad natural, fijados, sobre todo, con señalada competencia, por los rectores. Aunque lo hayamos dicho otra vez, repetimos aquí una idea que nos parecen muy importante, y es que los pretores solían corregir y completar los principios del *ius civile* con los del *ius naturale*, tomados muy en particular del *ius gentium*. Esta acción de ley se aplicaba: a) en los casos en que había una promesa solemne (*sponsio*) de pagar una cantidad de dinero; b) en el supuesto de división de la herencia (*actio familiae erciscundae*); c) en la división de la cosa común (*actio communi dividundo*).

5.1.4.1.3.- *Legis actio per conditionem*:

La doctrina romanística ha considerado que el propósito de esta acción es la devolución de créditos que tiene por objeto una suma de dinero –*de certa pecunia*- o un cuerpo cierto, bien sean éstos bienes muebles o inmuebles –*de omni certa rei*-, se desconoce exactamente el fundamento de su utilidad, ya que dicha devolución podía obtenerse mediante la apuesta o *sacramentum*, o mediante la petición de un juez, *iudicis postulatio*, de que antes hemos hablado, y no hay motivo aparente que justifique dentro del espíritu de precisión que caracteriza a los romanos, esto que pareciera una repetición, máxime cuando la ley que consagra la *actio per condictioem*, que es la *Lex Silia*¹⁵⁷, aparece como una novedad crea una de las acciones más recientes de este sistema.

Según Savigny (1893) la *actio per condictioem* fue creada para sancionar las obligaciones derivadas del *mutuum* ya que consumidas por el deudor las monedas recibidas en concepto de préstamo, el acreedor estaba en la imposibilidad de ejercer la *reivindicatio*, que sólo permitía rescatar una cosa cierta y determinada. Otros romanistas han rechazado esta opinión y sostienen que no podían utilizarla en todos los casos de reclamo sobre sumas de dinero, ni contra el enriquecimiento sin causa. Por su parte, Pietro de Francisci (1954), afirma que la *actio per condictioem* fue introducida por la *Lex Silia* para el cobro de cantidades de dinero y posteriormente extendida a la restitución de cosa ciertas (*certa res*), por la *Lex Calpurnia*, que no contenían la sanción de una apuesta. Que la *condictio* propiamente dicha surgía de un convenio (*condito*) mediante el cual las partes acordaban presentar nuevamente ante el Pretor dentro del plazo de 30 días para designar un juez.

5.1.4.1.4.- *Legis actio per manus iniectioem*:

Es una acción ejecutiva, por ello, la *manus iniectio* es la aprehensión material que el acreedor o ejecutora hace de su deudor o de su ejecutado. Esta acción cuyo procedimiento en muchas partes se confunde con la justicia por sí mismo, no puede recaer, sin embargo, sino sobre la persona del deudor, llamada *iudicatus*, cuando ha

¹⁵⁷ Siglo III a.C, introducida en el proceso romano para la reclamación de *certa pecunia*, sin necesidad de *sponsio pecuniaria*, bastando la existencia de una *datio pecuniae*, bastaba quizá una *mutui datio sine stipulatione*. Posteriormente la *lex Calpurnia* extendió la aplicación de esta *legis actio* a la reclamación de *omni certa re* (vid. Gayo IV, 1910).

sido condenada al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre los bienes del deudor. Esta cuarta especie de acción de ley venía a ser más que todo procedimiento para la ejecución de la sentencia o del laudo pronunciado por los jueces o por los árbitros, respectivamente; y consistiría en que el acreedor victorioso aprehendiera, en presencia del magistrado, al deudor vencido: de forma que si éste no cumplía inmediatamente su obligación, con arreglo a los términos fijados por el juez o por el árbitro, o no presentaba un *vindex* o fiador de reconocida solvencia que la garantizara, se lo llevaba a su casa, y allí lo retenía, en calidad de prisionero, durante el lapso de 60 días.

Al cabo de ellos, si aún continuaba la mora culpable y no se había cubierto la deuda, el acreedor se hallaba autorizado por las leyes o por las costumbres para matarlo o venderlo *trans Tiberim*, cual si se trataba de un esclavo. En este último caso, el precio de la venta realizada era, naturalmente, para el acreedor.

Cabe resaltar que es en la Ley de las XII Tablas¹⁵⁸ donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un *arbitraje* que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados. De esta manera, se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario (Feldstein y Hebe, 1998).

158

Tabula III

1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.*
 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.*
 3. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito.*
 4. *Si volet suo vivo. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.*
 5 (Aulo Gelio, 20 I 46:.) *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.*
 6. *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt ne fraude esto.*

Tabla III

Confesada la deuda [en dinero] y juzgadas las cosas en derecho, haya un plazo legal de 30 días. Luego, que se le prenda. Llévase al tribunal ante el magistrado que regirá el litigio.
 Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo [el acreedor], lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras o si quiere, de menos.
 Si lo quiere, viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más.
 Sin embargo, aún quedaba el derecho a avenirse y, si no, lo tenían encadenado sesenta días.
 Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al comicio ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena. Al tercer mercado se ejecutaban las penas capitales o iban a venderlo al otro lado del Tiber, como extranjero.
 Al tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no sea fraude.

Al principio sólo se aplicaba la *manus iniectio* al confeso y al juzgado; después se le concedió al fiador que había pagado por el deudor principal, al legatario del legado *per damnationem*, al heredero contra el legatario que hubiera percibido más de 1000 ases, en contra de la *lex Furia testamentaria*, que limitaba a esta suma lo que podía dejarse a herederos extraños y, por último, al propietario para reclamar los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado.

La *Lex Poetelia Papiria*¹⁵⁹, privó con muy buen acierto a los acreedores del derecho de matar o vender a sus deudores, aún cuando siempre quedaban autorizados para prolongar su retención, hasta tanto se hiciera el pago íntegro de la deuda.

5.1.4.1.5.- *Legis actio per pignoris capionem*:

Era esta acción de ley, al igual que la precedente, una manera de procedimiento para la ejecución de la sentencia o fallos pronunciados. Por lo cual, su regular ejercicio presuponía una obligación cierta, fundada en el fallo favorable de los tribunales. Consistía en el embargo real de una cosa mueble perteneciente en propiedad al deudor; embargo que se podía llevar a término por una sola autoridad privada del acreedor, aunque siempre con ciertos ademanes y palabras rituales, fijados por las leyes o en las costumbres, junto con la aprobación y tal vez mediante cooperación del cuerpo social. Los deudores nunca podían recobrar la cosa que les fue tomada por sus acreedores emprenda, mientras no hubiesen cubierto toda la deuda.

El jurisconsulto Gayo afirma que la *pignoris capio* era un procedimiento por acción de ley con carácter privilegiado, por cuanto sólo podía ejercitarse en determinados casos establecidos por el legislador o fijados por las costumbres populares con miras principalmente al bien común del *Status Civitas*. La acción de la ley por toma de

¹⁵⁹ *Lex Poetelia Papiria* que derogó el *nexum*, "attenuando" d'un colpo la condizione personali dei nexi". Son Tito Livio y Cicerón los que nos informan sobre las vicisitudes y el contenido de la ley. El relato de las circunstancias que provocaron la emanación de la *Lex Poetelia Papiria* que nos transmite Livio en el cap. 28 del libro VIII *Ab urbe condita*, es realmente dramático. Esta *Lex* del 326 a.C. significó que el cambio de procedimiento ejecutivo fue operado por la jurisdicción pretoria, que utiliza como medio coactivo el instrumento de la *missio in bona* y no la *manus iniectio*; en esa reforma procesal se encuentra el elemento que permite contemplar la *obligatio personae* como una relación jurídica de naturaleza y régimen patrimonial, en armonía con la innovación introducida por la *Lex Poetelia Papiria*. En este nuevo sistema de ejecución patrimonial se desarrollan los *arbitria bonae fidei*, y a él se trasladan las reclamaciones de *debitum* basadas en un *oportere civil* desde que la *lex Aebutia* deroga la *legis actio per conditionem* y otorga efectos civiles a la acción formularia que la sustituye.

prenda supone un apoderamiento de los bienes y no de la persona del deudor. De su tramitación nos informa Gayo en I.4.26-29¹⁶⁰.

5.1.5.- Fase ante el juez, *apud iudicem*

La formalización de las actuaciones que caracterizaron a la *litis contestatio*, presencia de testigos, elección y posterior designación del juez y promesa de comparecencia de los litigantes ante el juez en el día señalado, constituía la etapa previa al inicio de la fase *apud iudicem*. El planteamiento estrictamente jurídico, desde un punto de vista de la norma aplicable, se dilucidaba ante el magistrado. Ante el juez, jueces o árbitros, básicamente tenía lugar la exposición y la práctica de la prueba de los hechos alegados. Las exposiciones de las posiciones de las partes se realizaban de forma oral, y constituían una manifestación del principio contradictorio. La prueba fundamental en este procedimiento era la testifical, conociéndose asimismo el juramento de las partes, la inspección ocular del juez y los dictámenes periciales.

La sentencia era expuesta de forma oral y pública por el juez o presidente del tribunal ante las partes. Podía ser absolutoria, condenatoria, meramente declarativa de la existencia de un derecho o constitutiva del derecho, lo que sucedía en los casos de sentencias divisorias.

5.2.- Procedimiento formulario

Del sistema formulario corresponde a la llamada época clásica¹⁶¹ del Derecho romano. Es el mundo jurídico que se extiende desde Cicerón hasta Diocleciano y no es circunstancia el que coincida con el siglo de oro de la literatura latina.

¹⁶⁰ Cabría la toma de prenda, conforme a la *costumbre*, en supuestos de deudas militares y *conforme a la ley*, en supuestos de deudas militares y tributarias. Parece que esta forma de ejecución habría tenido su fundamento originario en razones de tipo bélico, conforme a las cuales, el poder político realizaría una especie de delegación de su soberanía en el ciudadano, por la coacción que supondría una intervención amparada por la ley.

¹⁶¹ En ninguna parte como en ella se pone de manifiesto el espíritu de perspicacia, claridad y precisión del pensamiento romano. Jamás la mente humana pudo condensar y concentrar en tan pocas palabras un conjunto vasto y complejo de casos e hipótesis, en el que cada palabra es una norma y cada modelo un tratado de derecho sobre una materia. Despojadas con el tiempo de sus pesadas togas jurídica, *las fórmulas* ponen en movimiento los estratos jurídicos de todas las épocas para crear tres fuerzas impulsivas del derecho procesal moderno que son: *la acción, la excepción y el interdicto*.

Cuenca, que hace un estudio delicado y denso de este procedimiento, nos indica que

“...no es posible precisar ni el origen ni la fecha exacta de la aplicación de este sistema. En cuanto a su origen, se imaginan varias hipótesis, casi todas fundadas con carácter concurrente: a) El Pretor peregrino tenía que instruir al jurado sobre el juicio por ser de difícil aplicación las acciones de la ley a quienes no eran ciudadanos romanos; b) necesidad de fijar por escrito la cuestión controvertida a fin de hacer más concreta la investigación de la verdad; c) actividad más directa del magistrado en el litigio” (1957, 51-52).

Lo que caracterizaba el procedimiento judicial civil por fórmulas no era precisamente el que se remitiera la resolución del pleito preparada de antemano por las partes *in iure* ante el magistrado con intervención más o menos amplia de éste, a un juez o árbitro porque dicha remisión se estilaba allá, conforme lo acabamos de ver, en el sistema procesal por las *legis actiones*.

El matiz y el carácter peculiar del procedimiento judicial civil por fórmulas se reducía a que no se empleaban ya en él los ritos y ceremonias consistentes en ciertos ademanes y en determinadas palabras solemnes, todo lo cual en el procedimiento judicial civil por las *legis actiones* era indispensable, en tanto grado, que el menor descuido, aún involuntario, en ello, o la menor equivocación en su empleo producía *ipso facto* para el actor la pérdida definitiva del pleito, con consecuencias nefastas.

Otro de los caracteres distintivos del procedimiento formulario se fundaba en la redacción de una instrucción pormenorizada, en la cual el magistrado público generalmente el *Praetor* en fuerza de su *imperium*, determinaba la extensión de los poderes del juez o del árbitro, y la manera cómo deberían proceder éstos tanto en la sustanciación del pleito como en el pronunciar la *sentencia* o el *laudo* definitivo. Adviértase que la instrucción del *Praetor*, a la cual nos hemos referido, solía denominarse en términos técnicos *fórmula*.

Como se advirtió en su oportunidad, el juez, en el procedimiento por las *legis actiones*, dependía tan sólo del *ius civile* o del *ius consuetudinarium*, interpretado en forma auténtica y oficial por los Pontífices, y a él debía acomodarse con todo rigor. Los principios y normas del *ius naturae*, aunque ciertos y evidentes, no tenían la menor cabida en el ejercicio de la *legis actiones*. Por el contrario, el juez, en el procedimiento judicial civil por fórmulas, dependía exclusivamente del *Praetor*, y era menester que se atuviera con todo escrúpulo, tanto en el conocimiento del pleito

como en su resolución, a las órdenes e instrucciones que aquél le hubiese impartido, al respecto, en su fórmula, fruto por ventura de la equidad natural.

El procedimiento formulario –al decir de Uría– fue introducido por vez primera en el *Status Civitas* por la *Lex Aebutia*. No sabemos a punto fijo cuando se expidió y promulgó esta ley, que señala sin sombra de duda, una de las etapas más características y más importantes de los procedimientos judiciales del *Status Civitas*. Puede con todo afirmarse, sobre la base de una verosimilitud bastante sólida, siguiendo en ello la enseñanza común de los romanistas mejores de la época actual, que es de fecha posterior al año 150 a.C. Los principios y normas expedidos en torno al procedimiento judicial civil por la *Lex Aebutia*, recibieron más tarde su confirmación y complemento oficiales, según nos dice Gayo, de las dos *Leges Iuliae*¹⁶², ambas, a lo que parece cierto, promulgadas en tiempo del emperador Augusto (1984).

La fórmula fue, en una exposición *data opera y ex professo*, como lo reconocen hoy en día todos los tratadistas de Derecho romano, uno de los instrumentos que, en manos de los pretores, primero del *praetor peregrinus* y luego del *praetor urbanus*, más contribuyó a realizar el progreso del Derecho romano. No hay exageración alguna en afirmar que el procedimiento judicial civil por fórmulas, fijadas en general, ya para cada caso concreto por los pretores, constituía la clave de bóveda de la vida jurídica romana, en su período más notable y glorioso. Al procedimiento judicial civil por fórmulas se refieren, muy en particular, los escritos de los eminentes jurisconsultos de la época imperial clásica, escritos que sirvieron de base y fundamento para componer, en tiempos del emperador Justiniano, tanto el Digesto como las Instituciones, tal como lo asevera Arias-Ramos, (1960).

Marrone (2005), uno de los más recientes exponentes del arbitraje privado, piensa que el primitivo arbitraje privado fue “absorbido en el proceso formulario” por lo cual en este período la comunidad no sintió la necesidad de recurrir a un arbitraje

¹⁶² Conviene anotar que tanto la *Lex Aebutia* como las dos *Leges Iuliae*, al introducir el procedimiento formulario, siguiendo las prácticas forenses ya comunes y corrientes en el tribunal del *praetor peregrinus*, a quien correspondía la sustanciación y fallo de los pleitos *inter peregrinos* o también *inter cives et peregrinos*, no abrogaron, por lo menos en términos formales y expresos, las leyes y costumbres populares que establecían y regulaban el procedimiento judicial civil por las *legis actiones*. Parece lo más probable que las tres leyes mencionadas se limitaron a dar opción al actor para que pudiera elegir, según su arbitrio, entre los dos procedimientos judiciales civiles, aquel que en el caso concreto le parecía acomodarse mejor a su propósito. Sin embargo de lo dicho puede afirmarse con certeza que, en la práctica forense, el procedimiento judicial civil por fórmulas reemplazó el procedimiento antiguo por las *legis actiones*, quedando éste reducido en adelante sólo a muy pocos casos, en particular, a los pleitos que se ventilaban en el tribunal de los *centumviri* y a las causas civiles relacionadas con el *damnum infectum*, institución jurídica bastante complicada e importantísima.

meramente privado, ni el pretor se mostró inclinado a reconocer la convención que le daba origen y, en consecuencia, no incluyó en el edicto una acción para hacerla efectiva a pesar de tratarse de un acuerdo perfectamente lícito; tampoco los jurisprudentes plantearon la posibilidad de la acción en este caso; aunque muchos de ellos habían afirmado la conveniencia –y aún la necesidad– de reconocer los efectos obligatorios de toda convención que tuviera en sí misma una causa.

Las partes principales de la fórmula del *Praetor* eran tres: la *demonstratio*, la *intentio* y la *demnatio*. Sólo en algunos casos, relacionados con el derecho de la propiedad indivisiva, cuyo reparto se discutía, se empleaba otra cuarta parte denominada *adiudicatio*.

Ahora bien, como se trata en esta investigación del origen del arbitraje en el *iudicium legitimum*, es menester dar algunas luces sobre este *instituto jurídico* y diferenciarlo de otro que fungía de manera paralela, por ello, nos preguntamos:

¿qué es lo que se entendía por *iudicia legitima* y qué por *iudicia imperio continentia*?

Dos son las definiciones que suelen darse, al respecto. Para unos, los *iudicia legitima* eran los que tenían lugar dentro de los muros de Roma o en el radio de una milla, ante un juez urbano y siendo *cives romani* ambos litigantes. Y los *iudicia imperio continentia*, los que se sustanciaban y se resolvían fuera de Roma o del radio de una milla, o en Roma, pero delante de un juez peregrino; o también siendo peregrino uno de los contendores. Según otros, se llamaban *iudicia legitima* aquellos juicios en los cuales la demanda del actor pretendía fundarse en una disposición del *ius civile*; y *iudicia imperio continentia*, aquellos cuyo fundamento y razón jurídica se decían descansar en el *ius praetorium u honorarium*, establecido por los magistrados públicos en fuerza de su *imperium*.

El procedimiento judicial civil *in iudicio* por fórmulas, se terminaba normalmente con la pronunciación de la sentencia definitiva, la cual debía ser condenatoria o absolutoria ya, correspondiendo, en todo caso, a los términos precisos fijados de antemano por el pretor en la *intentio* de la fórmula.

La sentencia judicial definitiva tenía siempre y en todo caso fuerza de ley entre las partes contendoras, con arreglo al axioma: *res iudicata pro veritate accipitur*. La sentencia firme se toma por verdad; y no podía renovar si el proceso con respecto a la misma causa, para el mismo efecto y entre las mismas personas, por oponerse a ello la llamada *exceptio rei iudicatae*: excepción de cosa juzgada.

Ejecución de la sentencia: La sentencia condenatoria, en el derecho clásico de Roma, solía ser pecuniaria, conforme al parecer común de los romanistas, aunque, en estos últimos tiempos, autores de gran renombre lo ponen en duda. Por tanto, si nos atenemos al parecer común, dicha sentencia imponía al reo, una vez vencido en juicio, la obligación de pagar cierta suma de dinero a su contrincante. Si el demandado no cumplía la sentencia judicial, entonces se hallaba admitido que el actor, por su cuenta y riesgo, pudiera proceder a la ejecución. El procedimiento ejecutivo, por lo que concierne a los primeros tiempos, parece haber sido directo y personal; lo cual significa que el demandante se dirigía contra la propia persona del *iudicatus*.

5.2.1.- Fase *in iure*:

Procedimiento *in iure* a) El procedimiento judicial civil por fórmulas empezaba, como el de las *legis actiones*, por la *in ius vocatio*, es decir, por la situación que el actor intimaba al reo de presentarse junto con él ante los confines del *Status Civitas*, y ante el presidente en las provincias. La *in ius vocatio* la hacía el actor, por su propia cuenta y riesgo, sin que tomaran parte en ella las autoridades públicas. Al magistrado le correspondía, en fuerza de su *imperium* y como representante oficial que era de los poderes públicos estatales, preparar la instancia, oídas ambas partes, teniendo en cuenta los principios y las normas comprendidos en el *ius civile*, las disposiciones varias que figuraban en su propio edicto perpetuo, y además los cánones y dictámenes de la equidad natural, con arreglo a los fundamentos universales e invariables del *ius gentium*, tan del agrado de los pretores, máxime del *praetor inter cives et peregrinos*, procurando en todo caso amoldarse estrictamente a lo que reclamaban los caracteres y circunstancias peculiares del pleito. El reo, una vez

emplazado por el actor, en la forma referida, podía obedecer luego a su intimación, o dispensarse, por el momento, de comparecer junto con él ante el magistrado, aunque.

b) Una vez ante el magistrado *in iure* las dos partes litigantes, el actor comenzaba por explicar el objeto propio de la demanda, y designaba a su adversario la fórmula o manera de accionar, de la cual pretendía servirse en el pleito.

c) Declarada ya por el pretor idónea y admisible la fórmula o acción escogida por ambas partes, y fijado con toda precisión el punto concreto del derecho en controversia, se procedía luego al nombramiento del juez. Éste debía ser aprobado por los litigantes, quienes podían o elegirlo ellos mismos o aceptar al que les propusiera el magistrado. Si no lograban ponerse de acuerdo, se acostumbraba a recurrir por lo menos con frecuencia, ya que no siempre, al expediente de la suerte o alea, entre los varios jueces que figuraban en un catálogo de ellos formado anualmente por cada pretor, en su carácter de autoridad máxima en todo aquello que concernía a la vida jurídica procesal. Dicho catálogo, si nos referimos a la época del procedimiento judicial civil por fórmulas, solía hallarse integrado por los senadores. En todo caso, era de la responsabilidad exclusiva del pretor investir al juez aprobado por las partes o designado por la suerte, del derecho para sustanciar el pleito, examinando con toda diligencia e imparcialidad los hechos y pruebas alegados por una y otra parte, y para proferir, por último, la sentencia definitiva. Una vez redactada la fórmula y aceptada, de mutuo acuerdo, y en forma pacticia, tanto por el actor, como por el reo, empezaba el juicio propia y estrictamente dicho; por cuanto todos los actos precedentes sólo habían sido preparatorios y ordenatorios, por decirlo así, del procedimiento *in iudicio*.

El punto o momento preciso del procedimiento judicial civil, en el que el reo aceptaba la fórmula redactada de antemano o en el acto mismo, a petición del actor, por el magistrado público, se llamaba en términos técnicos, la *litis contestatio*, por la cual se clausuraba oficialmente el período o etapa del procedimiento *in iure*.

5.2.2.- Fase ante el juez, *apud iudicem*:

Procedimiento *in iudicio*: Con la *litis contestatio* –que, en esta época, consistía en una invocación de las partes a testigos allí presentes para que dieran fe de lo actuado ante el magistrado– terminaba la tramitación desarrollada *in iure*. En la que continuaba ante el *iudex*¹⁶³ hasta que éste emitiera la sentencia. El actor y el reo se presentaban en el día prefijado, con la fórmula expedida por el pretor, ante el juez, rodeado, por lo regular de un *consilium* de jurisconsultos notables, libremente elegidos por él; y asistidos por sus patronos y abogados respectivos, entablaban la discusión de la causa. El actor comenzaba por exponer los hechos y el derecho que juzgaba asistirle; y pedía, en consecuencia, que fuera condenado el reo. Éste, a su turno, respondía tanto *in facto* como *in iure* a los hechos y observaciones jurídicas presentadas por aquel, y reclamaban de la autoridad judicial su absolución.

Como nos indica Fernández de Buján (2006) en relación a esta fase

“El inicial debate, moderado por el magistrado, quedaría y retiraría el uso de la palabra y reaccionaria frente a los excesos verbales mediante llamadas al orden, interlocuciones, desembocaba, de inmediato, en lo que constituye el núcleo básico de la fase *apud iudicem*; la práctica de la prueba¹⁶⁴” (139).

Luego el juez se retiraba del tribunal a estudiar más a fondo el asunto y preparar la redacción de la sentencia definitiva con la ayuda de su *consilium*, pesando con mucha diligencia e imparcialidad el valor y mérito de las pruebas y contra-pruebas aducidas por los contendores. La *sentencia* la debía pronunciar el mismo juez, en persona, y de palabra, aunque sin necesidad de frases sacramentales y precisas, tan en boga durante el procedimiento antiguo por acciones de ley; pero siempre en presencia de ambas partes, hasta tal punto que de lo contrario la sentencia se consideraba como nula.

¹⁶³ Ante el *iudex*, o ante el jurado de varios jueces, se desenvolvía la segunda parte del pleito con estos trámites: a) exposición y defensa orales de la tesis de cada parte (*altercatio, orationes, perorationes*); b) práctica de la prueba (*probationes*), y c) sentencia. Considerándose esta fase *apud iudicem* como la etapa más importante del proceso formulario, que dio origen sin duda alguna, al arbitraje tal como se concibió en el derecho justinianeo y, más adelante, en el arbitraje moderno.

¹⁶⁴ La prueba, en principio, versa sobre los hechos alegados por las partes, dado que se presume que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*. En la práctica, el juez era asesorado por un conjunto de juristas que le prestaban la necesaria asistencia técnica. La carga de la prueba se rige por el principio de que quien alega un hecho, actor o demandado, o en relación con las afirmaciones realizadas en la *intentio, exceptio, replicatio*, etc., o aducidas en el curso del debate, debe proceder a su prueba, “la prueba incumbe al que dice, no al que niega” se recoge en D. 22.3.2: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. Los medios de prueba más frecuentes, como elementos de convicción del juez sobre la veracidad del validado eran: La declaración de las partes, la *confessio*, el juramento, los testigos, los documentos, la inspección personal del juez, los dictámenes periciales, las presunciones.

La sentencia era la *opinio iudex et fori* sobre el asunto controvertido, *iudicatum*. El juez tenía la obligación de dictar sentencia si había visto claro el asunto, pero no, si no había logrado formar una opinión razonable sobre el mismo, en cuyo caso, debía jurar que no lo había visto claro, *rem sibi non liquere*, y el magistrado procedería al nombramiento de un nuevo juez o jueces. Si se consideraba por alguna de las partes, que el juez se había abstenido de forma dolosa o culposa, cabría interponer contra él una acción, que Gayo considera cuasidelictual, en la que era acusado de haber hecho suyo el litigio, *litem suam facit* (Oderigo, 1973).

El principal efecto de la sentencia es la *cosa juzgada*, su consideración como verdad legal, *res iudicata pro veritate habetur* y, en consecuencia, la necesidad de mantener lo ya juzgado *rebus iudicatis standum*, conforme a D.38.2.12.3 y no volver sobre el asunto de forma reiterada, siempre que no se produzca una variación en los sujetos o en el objeto litigioso, conforme a lo que se ha dado en denominar límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

5.3.- Procedimiento extraordinario, *cognitio extraordinaria*

Del sistema procesal de los romanos en la última etapa de la evolución histórica de su Derecho se caracteriza, ante todo, porque desaparece en él el rasgo fundamental del proceso clásico: la separación del pleito en dos fases seguidas ante el magistrado y *iudex* respectivamente. El magistrado, autoridad representante del Estado, no se limitaba ahora ya a preparar la contienda y fijar sus términos, enviándola después para su decisión a un jurado o un cuerpo privado. El proceso en esta última etapa ha perdido ante el fondo del *laudo arbitral* que se juzgó, tal vez, como garantía democrática de los ciudadanos es contra el peligro de un abuso del *imperium* del magistrado. La *actio* sigue concibiéndose como una individualidad concreta, sin que sea posible el proceso más que cuando exista expresamente la acción adecuada; pero ésta no es el medio de obtener un *iudicium*, sino el medio de reclamar directamente de una autoridad pública la decisión de la contienda. Ahora, todo el curso del pleito se sigue ante una autoridad pública, y de ella emana la sentencia. No hay fase *in iure* y fase *apud iudicem* (Arias-Ramos, 1988).

El nuevo procedimiento se denomina *extra ordinem* o *cognitio extraordinaria*, porque con tal carácter, de tramitación fuera de la que era normal, se fue introduciendo y empleando por algunos magistrados para determinar las controversias ya en los comienzos del Principado. Los prefectos *vigilum*, *urbi* y *annonae* decidían de este modo por sí, sin fórmula ni envío a un juez, cuestiones relacionadas con sus atribuciones administrativas. Lo mismo hacían los rectores especiales que se crearon para controversias sobre fideicomisos, tutelas y *status libertatis*. Incluso los rectores ordinarios zanjaron también *extra ordinem* algunas contiendas, como las que regresaban sobre prestaciones de servicios que los romanos no encajaban en el ámbito del contrato de arrendamiento. Tales casos fueron siendo cada vez más numerosos, y el sistema se difundió hasta sustituir completamente el procedimiento *per formulam*. En armonía con el auto conservadurismo romano, poco amigo de reformas radicales implantadas del golpe, ellos se verificó por una lenta evolución, terminada ya en el siglo III d. C. No hay en las fuentes noticias que permita atribuir la reforma a una determinada medida legislativa¹⁶⁵.

Un tipo de procedimiento intermedio entre el formulario y la *cognitio*, habría sido aquel en el que las partes ya no proceden a elegir juez, sino que es el magistrado quien lo hace, *iudex datus*, y el juez designado conoce la causa conforme a la fórmula, en cuya confección habría asimismo asumido una participación más activa el magistrado.

En una síntesis muy breve, Uría (1984), subrayan los puntos esenciales del procedimiento extraordinario así:

- a) En el procedimiento judicial civil extraordinario no se dividía, como en el *ordo iudiciorum privatorum*, el proceso en dos períodos o etapas: la una, *in iure*, a cargo de los propios litigantes, en presencia y bajo el control del magistrado; y la otra, *in iudicio*, de la incumbencia exclusiva del *arbiter*, o del *iudex unus*, o también de los *iudices recuperatores*; sino que uno mismo instruida o prepara la causa, la sustanciaba y la resolvía definitivamente. b) Además, en el procedimiento extraordinario, el magistrado a quien correspondía tanto la instrucción, la

¹⁶⁵ Formalmente, el proceso formulario se mantiene en vigor durante toda la época clásica y ha de esperarse al año 342 para qué, conforme a una Constitución de Constantino y Constante, se procede a la derogación legal de este tipo de procedimiento, si bien después del siglo II, en provincias, en especial en las imperiales, y desde el siglo III, en Roma en Italia, se habría ido produciendo una desaparición progresiva de la tramitación de las controversias, por medio de fórmulas escritas, con bipartición de fases ante el magistrado y ante el juez privado, al propio tiempo que la generalización de la *cognitio*, que habiendo comenzado como procedimiento extraordinario, acabó por configurarse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios (Fernández de Bujan, 2006).

tramitación y resolución definitiva del litigio, actuaba no como un *particular*, lo que solía suceder, al menos por lo regular, mientras estuvo vigente en el *ordo iudiciorum privatorum*, sino en nombre del Estado y por mandato expreso que recibiera para ello de los poderes públicos. c) Por último, los jueces que administraba justicia, en la nueva clase de procedimientos judiciales civiles, se hallaban perfectamente *jerarquizados*, lo que dio origen a una institución jurídica desconocida en el derecho anterior, es decir, a la *apelación* hecha contra la sentencia dictada por un tribunal inferior ante otro superior (533-534).

La *cognitio extraordinaria* supone una nueva concepción de la Justicia y del Estado, alejada de la libertad republicana y de la participación directa del ciudadano, como juez elegido por las partes, entendida como garantía democrática frente al poder estatal. El absolutismo imperial, instaurado de forma progresiva en la vida política, se manifiesta en el nombramiento de los magistrados jurisdiccionales por el emperador, en la creación del derecho a través de las Constituciones imperiales, en la interpretación de la normativa legal y en la decisión de las controversias por el tribunal imperial¹⁶⁶, lo que supone un clamoroso retroceso histórico respecto a los logros de independencia judicial y libertad de la República y una ominosa asunción de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por el poder constituido. Como dice Bonfante (1959) “el procedimiento de la fórmula duró todo el período clásico de la jurisprudencia romana; pero el uso de resolver las controversias *extra ordinem*, es decir sin aplazar la causa al juez se fue haciendo poco a poco más frecuente durante el imperio” (126).

Por último, no se considera necesario descender a detalles y pormenores minuciosos, advirtiendo en términos generales que, mientras estuvo vigente el procedimiento judicial civil *extra ordinem*¹⁶⁷, se respetaban, por una parte con toda

¹⁶⁶ Los primeros asuntos que se tramitan por *cognitio* son aquellos que no se encontraban protegidos en la jurisdicción pretoriana, o bien se trataba de relaciones que daban lugar tan sólo a obligaciones morales o naturales, como los fideicomisos, las prestaciones de alimentos entre parientes, las reclamaciones de honorarios por los profesionales liberales, los codicilos, los bienes vacantes, *bona vacantia*, por falta de capacidad de los herederos o por inexistencia de éstos, las reclamaciones por testamento inoficioso, los asuntos sobre el estado de las personas, las reclamaciones de los pupilos frente a sus tutores, etcétera. En estos supuestos, el príncipe y posteriormente el emperador, procedía a nombrar magistrados, rectores o cónsules, que sólo en la denominación se asemejaban a los magistrados republicanos de este nombre.

¹⁶⁷ En un apretado resumen de los respectivos textos del Digesto, y de la legislación justiniana, podemos esbozar las características del arbitraje durante el procedimiento extraordinario. Un texto de Pablo encabeza la materia con esta afirmación: “El compromiso tiene semejanza de juicio y tiende a terminar los pleitos”. Escapan a la competencia de los árbitros las materias vinculadas al orden público y las relativas al estado y capacidad de las personas. Los árbitros deben ser legítimos y capaces, pueden ser recusados, deben tener todas las condiciones que según la ley se requieren para ser juez. Hasta en los tiempos en que los magistrados debían ser personas ilustres, como senadores, etc., se permitía nombrar árbitros entre la plebe. Se designan en número impar, pues la mayoría forma sentencia. No importa que cada uno tenga opinión singular,

fideliad los principios y normas fundamentales del derecho procesal, establecidos en las dos épocas anteriores, máxime en la formularia, con el concurso inteligente y práctico de los rectores, así urbanos como peregrino; y por otra, se crearon nuevas normas de las cuales puede afirmarse, en síntesis, que son las que a través del derecho común, llamado también intermediario, han llegado a algunos tuvieron las bases jurídicas que se consideran como sagradas e inviolables en todos los códigos modernos. Muy en particular, cabe a la Iglesia Católica el honor de haber formado un código judicial perfecto sobre el fundamento inconvencible de los principios y normas que legaron a la posteridad los sabios jurisconsultos y avisados pretores de Roma.

6.- Configuración del Arbitraje en la Roma milenaria

El arbitraje como medio privado de solucionar los conflictos particulares, en cuestiones vinculadas al orden público, tiene sólida preexistencia en las costumbres y en la legislación romana. En el comienzo, los reyes y los más altos magistrados de la monarquía, así como los cónsules, fueron designados *árbitros* por los litigantes, misión que dichos magistrados aceptaban y hacían resolver siguiendo la opinión de sus asesores. Los dos primeros sistemas, tuvieron un fuerte carácter arbitral, pues mientras el pretor se limitaba a dirigir el debate y asegurar la ejecución del sentenciado, las partes nombraban un *juez* o *árbitro* encargado de verificar las pruebas y dictar su decisión, como antes hemos dicho.

Como ya se ha mencionado, *in apicibus*, en el sistema formulario, los *árbitros* juzgaban según su leal saber y entender mediante las fórmulas arbitrarias; carácter arbitral tuvieron también los *recuperatores*, encargados de dirimir los conflictos entre ciudadanos romanos y peregrinos. *Verbi gratia*, en la acción de deslinde (*finium regundorum*) correspondía al árbitro trazar la línea divisoria entre dos fundos. En algunos de estos casos, el acatamiento de lo decidido por el árbitro (*arbiter*), estaba

siempre que la mayoría coincidiera en un *mínimum*. A este respecto, dice un pasaje de Ulpiano, si hay tres árbitros: uno condena en 15, otro en 10 y el último en cinco, hay un *mínimum* común y coincidente de cinco, que forma sentencia, "porque en esta suma consistieron todo". Los árbitros no están sometidos a más reglas que las fijadas en el compromiso y deben dictar laudo en el plazo señalado, en presencia de las partes, si éstas no los han exonerado de dicha obligación; no pueden juzgar en contumacia; el laudo debe comprender todos los puntos del conflicto, puede recaer sobre cuestiones incidentales, y es inapelable (Cuenca, 1957).

garantizado por una apuesta (*per sacramentum*), y en la mayoría, por fiadores que en caso de resistencia del litigante vencido, podían ser ejecutados.

Pero el arbitraje, como proceso desenvuelto ante un juez nombrado por las partes, que sustituye al funcionario judicial designado normalmente por el Estado, constituye un medio de solución de conflictos completamente distinto de todas las características arbitrales antes señaladas y podemos esbozar las siguientes diferencias, según lo estima necesario Cuenca (1957):

“a) en los arbitrios (llamémoslo así, genéricamente), el árbitro es miembro de un tribunal colegial (como los recuperadores), o es designado por las partes, pero mediante la intervención del pretor; en cambio, en el *arbitraje* o *compromiso*, el árbitro es designado por las partes de común acuerdo, sin intervención del funcionario judicial; b) en el arbitrio, la presencia del magistrado influye poderosamente en el proceso y a veces en el árbitro no es sino su delegado o comisionado; en cambio, en el *arbitraje* el juez no interviene sino *a posteriori* para ejecutar lo fallado por el árbitro de partes; c) propiamente en el arbitrio, los jueces o árbitros estimaban (*arbitrium liti aestimant*), pero no juzgaban; en cambio, en el *arbitraje*, estiman y sentencian” (176).

El mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en siglos posteriores a los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria, entre otras razones, frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial que, en contrapartida, presenta evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

El arbitraje es una forma de justicia en la que los jueces seleccionados por los litigantes reemplazan a los jueces públicos. En el proceso, en nuestra opinión, tiene al principio un carácter contractual que después se convierte en jurisdiccional. En la época sacramental y durante el período clásico, es convencional, pactista, pues un litigante no puede obligar a otros a cumplir el *laudo* si previamente no ha celebrado con él un *pactum*, es decir, un contrato *estipulatorio* mediante el procedimiento *per sponsionem*. Ihering (2001) afirma que el *pactum* originariamente no tuvo sentido de arreglo o convención, sino de paz, de apaciguamiento, de tranquilidad social. En cambio, en el procedimiento extraordinario, especialmente en la época de Justiniano,

el arbitraje tiene un acentuado carácter jurisdiccional, pues no es el compromiso o contrato judicial lo que lo caracteriza, sino el amparo legal que la ley proporciona al arbitramento. Ya no es necesario que los litigantes concurren ante el magistrado a celebrar solemnemente una estipulación, ni a prestar juramento, ahora se limitan a prometerse mutuamente una pena pecuniaria para el caso de que el insatisfecho se niegue a cumplir el laudo. Si sólo han jurado cumplir, Justiniano dispone que al perjuro los castigue Dios; pero ratifica las disposiciones procedimentales establecidas por la vieja legislación y las que el mismo, con anterioridad, había promulgado.

Sería de gran utilidad, exponer, a grandes rasgos, siguiendo a Fernández de Buján, con el riesgo que supone toda esquematización de instituciones, no contenida en las fuentes romanas, distinguir los siguientes tipos de arbitraje:

- “a) *Arbitraje no formal*, que consistía en un mero pacto, no protegido por el pretor ni por la ley, que no produciría consecuencias jurídicas inmediatas y que se movería en el campo, por otra parte relevante, de la *fides* y de la moral ciudadana.
- b) *Arbitraje del ius gentium*, era el correspondiente a la resolución de conflictos surgidos en la interpretación o aplicación de los pactos contraídos entre extranjeros y ciudadanos romanos entre sí, no previstos por el *ius civile*, pero sí reconocidos por el *ius pretorium*, a través de la vía de los mecanismos procesales de la *denegatio* y la *exceptio actionis*.
- c) *Arbitraje legal*, así denominado por estar previsto en la legislación de las XII Tablas o en las leyes posteriores.
- d) *Arbitraje compromisario*¹⁶⁸, también denominado *merum arbitrium*, tenía en Derecho romano un marcado carácter contractual. Consistía en el pacto o compromiso, y de ahí el nombre, de someter la resolución de un conflicto inter partes a la decisión de un *arbiter*, el cual se compromete a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal, en virtud de las cuales los intervinientes podían exigirse el contenido de la estipulación o el cumplimiento de la cláusula penal, para el caso de no colaboración con el árbitro en el desarrollo de su actuación o de no acatamiento de la sentencia o laudo arbitral” (2006).

Se considera necesario resaltar lo más importante de cada uno de estos tipos de arbitraje donde se evidencia la costumbre romana consistente en que dos o más

¹⁶⁸ Es la regulación de este tipo de arbitraje compromisario, contenido básicamente en D.4.8. “Sobre los casos de responsabilidad asumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia”, el que en mayor medida ha influido en el arbitraje de Derecho moderno.

personas nombran a un tercero imparcial como árbitro de un asunto contencioso entre ellos, para que ella sea quien resuelva el conflicto.

6.1.- Arbitraje no formal y arbitraje de *ius gentium*

En el ámbito de los mercados internos *-forum nundinae-*, en la Roma primitiva, del siglo VIII a. C., se utiliza el arbitraje como fórmula de resolución de conflictos, con anterioridad a la asunción por la comunidad política de la impartición de la justicia como competencia propia ejercitada por magistrados con potestad jurisdiccional. La proximidad entre el juez y el árbitro, en los primeros siglos, se manifiesta en la utilización conjunta de ambos términos en la fórmula de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. El disfavor pretorio, legal y jurisprudencial de los primeros siglos del Derecho romano, respecto del arbitraje, contrastaría, en opinión de Marrone, citado de Fernández de Bujan (2006), con la probable difusión de su utilización. Llama la atención a este autor –sostiene Fernández de Buján– que el pretor no diera ninguna tutela a la mera convención por medio de la cual dos partes acordaban, extrajudicialmente, confiar a una persona determinada y de confianza común, la decisión de su controversia. No obstante, se trataba de un tipo de convención lícita, que merecía ser tenida en consideración y que, al menos con anterioridad a la creación del proceso formulario, probablemente se habría difundido entre la gente de negocios y en cuya ejecución cada parte se remitía, como no podía ser de otra manera, a la *fides* de la otra.

Este tipo de arbitraje no formal, acaba diluyéndose en el que se conoce de forma convencional como arbitraje de *ius gentium* que acaba siendo reconocido, sancionado y protegido en el marco de la jurisdicción pretoria, en un primer momento, para acabar siendo considerado, en determinados supuestos, como una institución del Derecho civil. En el marco del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, surgidos en una primera época en el marco del comercio con extranjeros y del convenio internacional, así como de los juicios de buena fe que se conformaron en un momento posterior, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento

en la *fides* primitiva o los *mores maiorum*, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los pretores, la labor de la jurisprudencia, las *leges* o el *ius*. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis, agravado en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes. Los contrapuestos puntos de vista, no han logrado, no obstante, a mi juicio, arrumbar los postulados básicos de la teoría tradicional y mayoritaria en la doctrina, conforme a la cual de los *arbitria* nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial¹⁶⁹ y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides*, se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *bonae fidei*.

Puede decirse, en definitiva, que la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos, así como con otras comunidades políticas, probablemente fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la *iurisdictio* del pretor peregrino (dado que el Edicto pretorio vino a establecer el código de un nuevo ordenamiento jurídico basado en la economía monetaria del *ius gentium*).

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el Ordenamiento jurídico no llega a producirse en Derecho romano, pero sí tiene lugar, como ya hemos señalado una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual. Así, Javoleno habla de la buena fe en lo convenido. Trifonino de la buena fe en los contratos, Paulo nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe, y en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano del 290 d.C., se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos.

¹⁶⁹ Sobre el significado y origen del *commercium* no hay suficiente acuerdo entre los romanistas. La tesis tradicional mantenida, entre otros autores, por Huvelin (Citado por Fernández de Buján), de que el *commercium* provocó la aparición del *ius gentium*, siendo la primera manifestación de éste, en el sentido de derecho del mercado establecido en tratados internacionales (entre ciudades), ha sido discutida, entre otros, por Sautel, para el cual los tratados comerciales, salvo el caso de los celebrados con Cartago, no llevaban cláusulas comerciales. Asimismo, la aparición de la moneda acuñada supone un evidente influjo en el mercado, al facilitar el desarrollo creciente del intercambio económico entre los pueblos. Sin embargo, si bien en diversas fuentes literarias y epigráficas se hace referencia a la celebración de mercados regulares, cuyo origen parece muy antiguo, es corriente la afirmación de que es sólo a partir de la segunda guerra púnica, cuando el pueblo romano entró en relaciones comerciales con las comunidades políticas del vecino Mediterráneo.

Se podría decir, en palabras de Fernández de Buján (2006),

“...que en consecuencia, ya en el Derecho romano, la progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bonafides*, *boni mores*, *aequitas*, *fraus*, *dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante” (214).

Cuando en un momento posterior, se funden los Edictos del pretor urbano y del pretor peregrino y se reciben en el *ius civile* instituciones del *ius gentium*, a través de la vía del Edicto de los pretores peregrinos, los *arbitria* propios de los *pacta emendi vendendi*, se transformarían en *iudicia bonae fidei*, en acciones de buena fe, mediante las cuales, las partes podrían exigirse recíprocamente todo aquello que habían convenido y todo lo que, sin haberlo expresamente acordado, pudiese derivarse de la *bona fides* exigible a los negocios.

Pues bien, en el marco de los *pacta conventa*, enmarcadas en la órbita del *ius gentium* y reconocidos y protegidos en el Edicto del pretor peregrino, las discrepancias en la interpretación o aplicación del pacto, darían lugar, como ya ha sido señalado con anterioridad, al nombramiento de un *arbiter* por parte del pretor, quizás a propuesta de los intervinientes, que darían su opinión, *arbitrium*, con un margen amplio de discrecionalidad con arreglo a criterios de equidad y buena fe.

Pero la referencia al principio de la *bona fides*, como bien lo resalta Kunkel (2003)

“... era únicamente uno de los diversos modos de modelar la fórmula de que se servía el *praetor* para extender la protección jurídica más allá de la esfera de las pretensiones reconocidas por el *ius civile*. Para ello partía del propio *ius civile* y refería los remedios jurídicos de éste a supuestos que, en un principio, no se daban, ordenaba a los jueces privados que dieran por existentes los preceptos que faltaban de la correspondiente pretensión civil *-formulae ficticiae-* (99).

La problemática que se plantease en el marco de los *pacta conventa* de buena fe y del *ius gentium*, se resolvería a través de la vía del arbitraje privado y una vez que estos pactos han sido sancionados y protegidos en el Edicto del pretor peregrino, éste intervendría en el nombramiento del árbitro, el cual decidirá mediante un *arbitrium* o *aestimatio*.

6.2.- Arbitraje legal

La más antigua mención del término *arbiter* se contiene en las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicium arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de herencia se designará un árbitro¹⁷⁰. La actuación del árbitro en este caso obedecería a la división.

Pero además del *arbitraje legal* caracterizado por el hecho de que está previsto en la Ley, y se concede al árbitro una amplia discrecionalidad en su decisión, si bien, a mi juicio, no podría decidir al margen de la legalidad vigente, la institución del arbitraje tiene un campo de actuación más natural, como técnica de resolución de conflictos, basada en la autonomía de la voluntad de las partes, y que recibiría la denominación de arbitraje compromisario el cual, al igual que se había caracterizado el arbitraje del *ius gentium*, se conformó como un *arbitraje de equidad*¹⁷¹.

6.3.- Arbitraje compromisario –*compromissum*-

Consiste, como ya ha sido señalado, en un acuerdo, entre dos o más personas, entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro. Los términos del acuerdo de compromiso tenían la naturaleza de pacto, *nudum pactum*, que habría tenido en principio la protección propia de cualquier pacto no contrario a la ley.

¹⁷⁰ En la Ley Licinia del 210 a.C., la designación del *arbiter* se producirá en todos los casos de división de una copropiedad, en los que no hubiese, como podría suceder en la división de herencia, acuerdo entre los condominos. A estos supuestos de división de herencia o cosa común se hace referencia en las Instituciones de Gayo. Supuestos de arbitraje legal serían, asimismo, aquellos casos a los que se hace referencia en Cicerón *pro Roscio* 4.11, en los que se afirma que en el caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro.

¹⁷¹ Conforme al arbitraje de equidad, el árbitro decidía originariamente conforme a su leal saber y entender, si bien, con posterioridad, se establece que debe tener en cuenta criterios de conducta o comportamientos propios de caso concreto. Se produce, asimismo, un progresivo acercamiento entre el arbitraje legal, el de *ius gentium* y el compromisario, en materia de actuaciones y garantías, en relación con el proceso ordinario.

A través de la vía de la *stipulatio* común o de la *stipulatio poenae*¹⁷² se produce un reforzamiento en el cumplimiento de los términos del pacto compromisario o de arbitraje. El incumplimiento de la *stipulatio* daría lugar a la exigibilidad del contenido de ésta, por medio del ejercicio de la *actio ex stipulatu*.

Técnicamente, el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje se llama *compromissum*. Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el pretor desde finales del siglo II a.C. mediante un *edictum de receptis*, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, si puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo. A su vez la exigibilidad del pacto de compromiso deriva del *edictum pactis* que prevé el cumplimiento de los mismos a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*.

Es de advertir, que el reconocimiento jurídico del *pacto compromisario de arbitraje* no se produce, no obstante, de forma directa, quizás en sustracción de la competencia que suponía, para el procedimiento ordinario oficial, el hecho de que las controversias pudiesen resolverse a través de la intermediación de un tercero que actuaría como árbitro, al margen del poder establecido, si bien el carácter arbitral, en buena medida, del proceso formulario, en el que las partes eligen o intervienen de manera decisiva, en la designación del juez, lo que habría producido como consecuencia, una menor necesidad de la institución arbitral, en relación con la sentida en la época de las *legis actiones* y la *cognitio extraordinaria*.

Si bien lo normal sería el acuerdo de las partes relativo a la elección de árbitro cabría, al igual que sucede en el derecho actual, una formalización judicial del arbitraje bien a petición de las partes o bien ante la imposibilidad de acuerdo de las mismas sobre la designación de árbitros.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes¹⁷³, al igual que se establece en la vigente Ley de Arbitraje de 1998. Los asuntos más comunes que las partes someten

¹⁷² El convenio de compromiso solía reforzarse mediante una estipulación penal, conforme a la cual la no aceptación de la decisión arbitral o la no colaboración con las indicaciones del árbitro, relativas al desarrollo del procedimiento, supone el pago de la pena pecuniaria correspondiente.

¹⁷³ Como señala Labeon, D. 8.3, pr. 1, el pretor no puede obligar a nadie a asumir la función de árbitro, porque ello es libre e independiente, sin embargo, si alguien acepta desempeñar el arbitraje, el asunto queda sometido a su cuidado y solicitud, y debe dictar sentencia.

a arbitraje son, conforme a las noticias de las fuentes, los relativos a propiedad, tutela, posesión, elecciones, prestamos, linderos entre fincas, etc.

Se considera de interés necesario, observar algunos aspectos, que a partir de la época clásica, se producen constituyendo una *progresiva reglamentación del arbitraje*, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario. De entre éstas cabe destacar las siguientes, en palabras de Hernández de Bujan (2006):

- a) La ley prohíbe que quien es juez asuma el arbitraje de una negocio, respecto del que está conociendo como juez; D. 4.8.9.2.
- b) Excepcionalmente, cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia (D. 4.8.12). En este sentido se establece que si el árbitro jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le dé tiempo para sentenciar (D. 4.8.13.4). Si el compromiso se hizo sin señalar plazo para dictar sentencia, es absolutamente necesario que el árbitro fije un plazo con el consentimiento de las partes (D. 4.8.14).
- c) Se establecen una serie de causas conforme a las cuales el árbitro puede excusarse de cumplir su función: si hubiese sido difamado por los litigantes, si hubiese enemistad grave entre él y los litigantes, por razón de edad, enfermedad sobrevinida, desempeño de cargo público, etc. (D. 4.8.15).
- d) Se recomienda que el número de árbitros sea impar, dado que aunque disientan, será más fácil obtener una mayoría. Si son dos los árbitros elegidos, y no se ponen de acuerdo, el pretor les obligará a elegir un tercero determinado, cuya autoridad se acate (D. 4.8.17, 6-7).
- e) El árbitro puede corregir los errores en que incurra antes de dictar sentencia, pero no después de haberla dictado (D. 4.8.20).
- f) En los casos previstos, el árbitro puede prorrogar el plazo para dictar sentencia de palabra, por mensajero o por carta (D. 4.8.27).
- g) La sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que en el compromiso se haya establecido expresamente que la sentencia sería válida, aunque uno o dos de los compromisarios estuvieran ausentes (D. 4.8.27.5). Si alguno de los compromisarios presentes impide que el árbitro dicte sentencia, incurre en la pena prevista (D. 4.8.27.7).
- h) Si alguno de los que hubiere sometido un asunto a compromiso, lo plantease ante el juez, podrá hacerlo, pero incurrirá en la pena prevista en la estipulación (D. 4.8.30).
- i) Cuando un árbitro resulta ser enemigo de uno de los litigantes y es interpelado con prueba para que no dicte sentencia, si no obstante hubiese persistido en dictar sentencia, el emperador Antonio Caracalla estableció *pro rescripto* que si bien no resulta lícito apelar la decisión de un árbitro, si cabe por parte de la persona lesionada por la actuación arbitral, oponer la excepción de dolo malo frente a la reclamación de la pena (D. 4.8.32.15).
- j) La resolución del árbitro debe limitarse al objeto de la controversia prevista en el compromiso: a ningún árbitro le es lícito, se establece en D. 4.8.32.16, ir más

allá de lo previsto en el convenio de compromiso. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde éste alcance.

k) El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo, puede ciertamente hacerlo, pero no puede anticiparlo contra la voluntad de los litigantes (D. 4.8.33).

l) El árbitro, apremiado por el pretor, puede dictar sentencia en día inhábil, en cuyo caso no cabe excepción frente a la decisión arbitral (D. 4.8.36).

m) El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo (D. 4.8.45).

n) Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros (D. 4.8.46).

o) No cabe el arbitraje sobre un asunto propio (D. 4.9.51).

p) El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada, ni tiene por sí carácter ejecutivo, salvo en un período de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de Justiniano C. J. 2.55. y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa.

Se señala que el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral es derogado por el propio Justiniano, en la Novela 82.11, que parece eliminar implícitamente las acciones que servían para dotar de eficacia al juramento, como consecuencia del peligro generalizado de perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo, lo que supone la vuelta al régimen clásico conforme al cual los comprometidos deben atender la sentencia arbitral o quedar, por el contrario, expuestos al pago de la pena derivada de la estipulación.

q) A partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas. La institución correspondiente recibe el nombre de *Episcopalis Audientia* (224-227).

La diferencia en sus misiones explica la distinta medida que se aplica a su arbitrio. El árbitro *ex compromisso* resuelve una controversia porque las partes han convenido en esto pero se coloca por sobre ellas y dicta una verdadera sentencia (*sententiam dicant*); quien actúa para concretar, para determinar un punto o aspecto de un negocio jurídico, parece más bien un conecedor, quizá un verdadero experto, que no podría quebrar con su actuación el balance de intereses propio del negocio típico en su estructura teórica y en su realización práctica y debe justificar su arbitrio al de un *bonus vir* porque su tarea está encaminada a darle plenitud y hacerlo operante (González de Cansino, 2008).

6.4.- Otras modalidades de Arbitraje de Derecho privado

6.4.1.- Arbitraje primitivo o quiritario

En sus orígenes, con los términos *arbitratus* o *arbitrium*, parece razonable afirmar que se haría referencia a la mediación o conciliación de un tercero (*tertio sapiens*) en un conflicto entre personas enfrentadas. Se trataría, en suma, de impedir el uso de la fuerza entre personas con intereses contrapuestos o divergentes, mediante la intermediación de una tercera persona, que se contemplaría como la esencia de la función arbitral.

El árbitro sería pues, en la etapa primitiva, un mediador, un testigo y un conciliador en las controversias, un mitigador del uso de la violencia *inter partes*, tanto en el ámbito privado como en el público. La acción mediadora habría pues constituido el germen de la acción arbitral.

En su forma originaria, el arbitraje no se habría pues configurado, en puridad, como una figura jurídica. El árbitro no habría tenido el mandato explícito de resolver una controversia de derecho mediante el pronunciamiento de una sentencia, sino que su función consistiría en conciliar a los litigantes. La vertiente conciliadora o mediadora del arbitraje se habría mantenido, por otra parte, en el marco del arbitraje internacional, cuando ya había desaparecido en el arbitraje privado de naturaleza juzgadora o compromisoria, es decir, en el arbitraje dirigido a resolver controversias mediante sentencia, a semejanza de la actuación de los jueces en el procedimiento ordinario, tal como sucede en la actualidad, sin sombra de dudas.

Paulatinamente, la palabra *arbiter* cambiaría su significado primitivo de testigo, observador, conciliador y amigable componedor, por el más general del que actúa libremente y decide, mediante sentencia, según su propio convencimiento y autoridad, conforme a la previsión legal y al progresivo respaldo de la autoridad pública. Es decir, del árbitro mediador, conciliador o componedor, se habría pasado al árbitro juzgador o compromisario. Una etapa intermedia sería la representada por el arbitraje del *bonus vir* en el que el árbitro no dictaría sentencia, al igual que sucedía en el primitivo modelo de arbitraje, y se limitaría a aplicar criterios de equidad en la clarificación, precisión o determinación de cuestiones o relaciones existentes *inter partes*.

Al propio tiempo que la naturaleza del arbitraje habría ido evolucionando, la propia comunidad política habría reforzado su poder mediante la asunción de la competencia en materia de administración de la justicia y de defensa pública de los derechos, que atribuye a los magistrados –cónsules y pretores, de forma singular– y a los jueces.

6.4.2.- El arbitraje de una persona justa: *arbitratus* o *arbitrium boni viri*

Del originario modelo de arbitraje mediador o conciliador, se habría pasado al tipo de árbitro, denominado *arbitratus* o *arbitrium boni viri*, cuyo papel esencial consistiría o bien en clarificar o precisar hechos o circunstancias confusas que afecten a determinadas personas o bien en dar su parecer sobre aspectos concretos de un negocio jurídico sobre el cual aquéllas no puedan o no quieran pactar, así la determinación del precio en la compraventa, de la renta del arrendamiento, la cuota de participación en las ganancias y pérdidas en la sociedad o bien la determinación de aspectos atinentes a disposiciones de tipo hereditario, como legados y fideicomisos. Se trataría de los supuestos de arbitraje al que se recurre cuando se trata de determinar alguno de los elementos de una relación jurídica que las partes han dejado relativamente indeterminados a la hora de realizar el negocio jurídico de que se trate.

Un texto fundamental en relación con los tipos de arbitraje es el correspondiente a Próculo, D. 17.2.76, en el que se distingue entre *arbitrium boni viri*¹⁷⁴ y arbitraje compromisario: «...Hay dos tipos de árbitros, uno aquél que debemos acatar sea –su decisión, parece entenderse– justo o injusto (cómo ocurre cuando se acude a un árbitro elegido por compromiso entre las partes) y otro, que debe atenerse a la actuación propia de un hombre recto, *arbitrio boni viri*...». Se haría referencia en el texto de Próculo no a que el árbitro compromisario pudiera actuar de manera injusta, sino a que la sentencia arbitral era inapelable. Así, se afirma en D. 4.8.27.2: «La

¹⁷⁴ A la condición de *bonus vir* referida a quien interviene en estas situaciones, se alude en numerosos textos, así en Cicerón, de Off. 3.17.70; D. 40.5.47.2; D. 46.6.12; D. 47.10.17.5.; D. 17.2.6: «... es conforme al *arbitrio de un hombre recto* el que no seamos socios necesariamente por partes iguales, si uno de los socios ha de contribuir a la sociedad con mayores servicios, dedicación o capital». A la especial cualificación del árbitro en determinados supuestos y la garantía que ello supone, junto a la independencia de las partes, se hace especial referencia en varios textos, así en D. 32.11.7 y 8, acerca de la validez de un fideicomiso, D. 18.1.7, acerca de una rendición de cuentas, y en D. 17.2.6, acerca de las participaciones en una sociedad.

resolución que el árbitro dictó sobre la cuestión debe cumplirse siempre, tanto si es justa como si es injusta... y soportarse, con buen ánimo, aún la menos aceptable», y en C. J. 2. 56 «De la aceptación de los árbitros»: «Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar la sentencia del árbitro, al que se acudió en virtud de compromiso legalmente formalizado...».

Si el *arbitrium* era *boni viri* cabía la posibilidad de impugnar en juicio la decisión arbitral, así a propósito de un árbitro, Nerva, al que se le encarga la determinación de las partes de una sociedad, se afirma en D. 17.2.79: «Si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe». Se plantea en el texto la cuestión de si el árbitro actuó no con equidad en la partición.

6.4.3.- Arbitraje decisorio: del *pactum* al *compromissum*.

De la actuación del árbitro mediador, que desarrollaría su actuación sin sujeción a forma, regla o garantía jurídica alguna en orden al ejercicio de su labor y al planteamiento de sus propuestas en la solución pacífica de las controversias en las que intervenía, se habría pasado al arbitraje de naturaleza compromisaria y decisoria, conformado ya como institución jurídica, en el texto legal del Edicto pretorio.

El *compromissum*¹⁷⁵ era un arbitraje privado –al que en las fuentes se alude con denominaciones diversas, entre otras, la de *arbitrium merum*– en la medida en que se configuraba básicamente en atención a los acuerdos *inter partes*¹⁷⁶, y habría surgido con anterioridad al arbitraje de naturaleza pública.

Como institución afín al arbitraje compromisario cabe considerar, como ya ha sido señalado, el *arbitrium boni viri*, que se desarrolla normalmente en la práctica negocial romana, así en sede de compraventa, arrendamiento o fianza, y se distingue del

¹⁷⁵ *Arbitrium* o *compromissum plenum*: alude al arbitraje válidamente constituido sobre una o varias causas.

¹⁷⁶ Como afirman Loynes de Fumichon y Humbert (Citados por González de Cancino, 2008), de esa forma se logra una “conciliación armoniosa de los intereses de las partes”, ideal que se persigue siempre que se acude a un árbitro. Se permite y estimula la colaboración del demandado con el fin de acercar el proceso a la realidad. Se aprecia de manera más certera el interés del acreedor que no se estima como dirigido únicamente a la obtención de la suma de dinero en que fatalmente debe concretarse la condena del juez en esa época, sino en la devolución del bien que para él tiene significado especial en razón del afecto o la necesidad. Parecido razonamiento puede elaborarse en torno de todas las acciones arbitrarias, sean reales, como la del ejemplo, o personales, como la de dolo.

arbitraje compromisario en que éste tiene naturaleza decisoria y está encauzado a dirimir controversias jurídicas, por medio de un procedimiento respecto del que se produce un control y apoyo judicial que no tiene lugar en el marco del *arbitrium boni viri*.

En relación con la regulación legal del arbitraje cabe señalar que en una etapa anterior a su previsión y regulación legal como institución específica en los edictos de los pretores, el acuerdo, entre o dos o más partes, de someter a un tercero, *arbiter*, la decisión de una controversia entre éstas, se formalizaría mediante un pacto desprovisto de formalidades, *nudum pactum*, cuyo cumplimiento se movería en el marco de las obligaciones morales y de las exigencias derivadas de la buena fe en la relaciones inter partes, y estaría desprovisto de exigibilidad ante un magistrado.

La tipificación y regulación legislativa del arbitraje compromisario en las disposiciones específicas contenidas en los edictos de los pretores republicanos y en las constituciones imperiales, habría supuesto la definitiva configuración legal de la fórmula arbitral como complemento y alternativa a la jurisdicción, y la correspondiente previsión de determinados aspectos inherentes desde entonces a la fórmula del arbitraje, como son las funciones de control y apoyo judicial del arbitraje compromisario, las consecuencias del incumplimiento de la sentencia arbitral o de la no colaboración en el desarrollo del procedimiento, o la obligación del árbitro de dictar sentencia.

Las razones que justificaron el origen y el mantenimiento del arbitraje, *arbitrium*, como fórmula de resolución de conflictos a lo largo de toda la experiencia jurídica romana y del derecho histórico venezolano, siguen pues vigentes y explican que el actual procedimiento arbitral sigue siendo, en esencia, muy semejante al procedimiento arbitral romano, del que trae su fundamento y origen.

6.5.- El Arbitraje en el Derecho justinianeo

En esta época el *compromissum* posee categoría de *pactum legitimi*, que como lo describe González de Cancino (2008) categoría que comprende “las convenciones cuya eficacia jurídica se aseguraba en época clásica insertándola en una *stipulatio* y

que posteriormente el derecho imperial hizo obligatorias, incluso cuando fueron realizadas sin cumplir ninguna formalidad” (34).

Durante la época posclásica se manifiesta un acercamiento entre todas las formas que llamaríamos de administrar justicia. Justiniano otorgó fuerza ejecutiva al *laudo arbitral* cuando el compromiso constaba por escrito, se reforzaba mediante juramento o no era impugnado por las partes durante los diez días que seguían a su pronunciamiento. Mediante la novela 82, 1 el emperador eliminó el juramento para confirmar el compromiso “como consecuencia del peligro generalizado del perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo” y eliminó implícitamente las acciones que servían para dotarlo de eficacia.

Como una manifestación más de la evolución de la estipulación, de negocio verbal, a cláusula estipulatoria escrita añadida a diferentes contratos, este Emperador presupone con frecuencia la existencia de un documento arbitral “que da fe a los contenidos de los acuerdos entre las partes”.

El Derecho Justiniano contiene una regulación detallada y acabada de la institución arbitral comenzando el Digesto (Paulo, D. 4.8.1) por señalar que “reducese el compromiso a una semejanza de juicio y tiene por objeto terminar los pleitos” (*Paulus, Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*).

El arbitraje era de libre aceptación pero, una vez aceptado, debía el árbitro desempeñar el encargo¹⁷⁷ siendo un cargo personalísimo. No podían ser árbitros los jueces sobre los asuntos que les correspondía juzgar¹⁷⁸, los que tuvieran enemistad con alguna de las partes¹⁷⁹, los menores de 20 años¹⁸⁰, los esclavos (Ulpiano, D

¹⁷⁷ Ulpiano, D.4.8.3.1: “No obstante, que el pretor no obligue a nadie a aceptar la facultad arbitral porque esta es cosa libre e independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo luego que una vez hubiere alguien aceptado el arbitraje juzga el Pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud, no tanto porque procure que los pleitos se terminen sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron como hombre bueno por juez árbitro entre ellos.[...]” [*Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeat lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt...*].

¹⁷⁸ Ulpiano, D.4.8.9.2: “Si alguno fuese Juez prohibesele por Ley Julia que admita la facultad arbitral sobre el negocio de que es juez o que mande que a su favor se contraiga el compromiso” [*Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, in se compromitti iubere prohibetur lege iulia*].

¹⁷⁹ Paulo, D.4.8.32.14: “Cuando uno de los árbitros hubiese aparecido siendo manifiestamente enemigo por otras causas y reconvenido también con las pruebas para que no pronunciase sentencia hubiese perseverado no obstante en pronunciarla sin apremiarle nadie el Emperador Antonino proveyó al libelo de uno que se querelló de esto que podía usar de la excepción de dolo malo. Y el mismo, siendo consultado por un juez ante quien se pedía la pena, respondió por rescripto que aun cuando no

4.8.7), los pupilos, los locos, los sordos ni los mudos (Ulpiano, D 4.8.9.1). También se prohibía que alguien fuera árbitro sobre asuntos propios¹⁸¹.

No podían ser objeto de arbitraje las cuestiones relativas a la libertad o sobre una acción popular, sobre asuntos futuros, sobre algún delito infamante o sobre la cosa respecto a la que haya establecida acción pública y se insistía en que los árbitros sólo podían resolver sobre las cuestiones que las partes les hubieran sometido.

Con la introducción del denominado procedimiento *cognitio extra ordinem* se perfila una gradual reglamentación estatal del arbitraje, al igual que de todas las fuentes del derecho; pero el arbitraje privado se encuentra propagado con tal fuerza, sobre todo en el espíritu de los comerciantes, por sus características favorables que no solamente sobrevive sino que gana en vitalidad.

Una constitución imperial del año 389, de los emperadores Arcadio, Valentiniano y Teodosio, impone a los jueces y árbitros el respecto del calendario festivo cristiano, mencionando como forma del proceso oficial el arbitraje; otra, del 395, de Arcadio y Honorio, catalogan las decisiones arbitrales privadas dentro de los actos que conservan validez. Los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio, en el año 408, introducen las *Episcopalis Audiencia*, estableciendo que las decisiones confiadas por los fieles cristianos al propio arzobispo estaban dotadas de eficacia ejecutiva aun sin el artificio de las recíprocas estipulaciones.

Más es el artífice del *Corpus Iuris Civilis*, el emperador Flavio Pietro Sabbazio Justiniano, quien interviene incisivamente en la materia, transformando el arbitraje para alcanzar su aspecto moderno, al dotar a la decisión de fuerza ejecutiva si el pacto arbitral es debidamente documentado y acompañado de juramento solemne.

puede apelarse habrá de obstar en la petición de la pena la excepción de dolo malo. Así pues, por esta excepción hay cierta especie de apelación, como quiera que se licito revocar la sentencia del árbitro”. [*Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione. et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri*].

¹⁸⁰ Calístrato, D.4.8.41: “Estando prevenido por la Ley Julia que el menor de veinte años no sea obligado a Juzgar, a nadie es licito elegir como juez compromisario al menor de veinte años[...]” [*Cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere...*].

¹⁸¹ Marciano, D.4.8.51: “Si alguno fue nombrado árbitro en negocio propio no puede pronunciar sentencia porque él mismo se mandaría hacer o se prohibiría pedir; y nadie puede mandarse ni prohibirse a sí mismo”. [*Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest*].

En este período, como demostración de la milenaria vigencia de la tradición jurídica romana, como afirma Zappalá (2010)

“...se configura las características propias del arbitraje, características que después de 15 siglos son distintivas de su naturaleza jurídica hodierna; son ellas, entre otras: la facultad concedida a las partes de valerse en el juicio ordinario de los medios probatorios testimoniales recaudados en el procedimiento arbitral; el efecto de la interrupción de la prescripción al momento de incoar el arbitraje; en comparación con el proceso ordinario, la rapidez, la economía, la sencillez y la claridad del procedimiento; la probidad y especialidad de los árbitros, nombrados directamente por los interesados; la reserva del sumario, y la dimisión de fuentes no previstas en el ordenamiento estatal” (178).

Es un gran recorrido por este gran Instituto, el *Arbitraje* que, sin duda, como se dice en el adagio popular, el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje y el tenerlas en cuenta puede ser útil en la doctrina jurídica. El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características. A ello dedicaré las próximas páginas.

Se ha señalado que “el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad” (Zappalá, 2010, 196). Precisamente, por eso, es una institución tan arraigada en la historia del hombre y, por ello, tan conformadora de su ser y bien puede decirse que fue la primera forma de administrar justicia porque “históricamente la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada”.

Sus orígenes se pierden en la noche de los tiempos y, sin perjuicio de interesantes referencias mitológicas y bíblicas, lo cierto es que los mismos se encuentran en la antigua Grecia¹⁸² y Roma y su configuración con los perfiles actuales se debe en gran parte al desarrollo que dicha institución conoce en el Derecho romano. Por ello,

¹⁸² En la filosofía griega señala Aristóteles en su *Retórica*, 1.13.13. que es mejor "preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad". Por su parte Platón en sus *Diálogos* llega a decir: “El Estado debe proporcionar a los ciudadanos tribunales donde dirimir los conflictos. Pero cuando se trata de organizar esos tribunales, la prioridad absoluta la tienen las propias partes a través del arbitraje: el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo”. Señala Zappalá, (2010, 199) que: “La fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 a.C., en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas, denominado arbitraje de la Anfictiónía, cuyo objetivo principal era resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de 12 ancianos representantes de las diferentes tribus. En la Grecia clásica existieron también árbitros de carácter público, elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas [...]”.



la doctrina más autorizada, la cual respaldamos académicamente desde esta tribuna, considera que es en el Derecho romano donde la institución del *arbitraje* adquirió raíces propias.

CAPÍTULO III

1.- Momentos en la evolución del Arbitraje post justiniano

El Estado debe proporcionar a los ciudadanos tribunales dónde dirimir los conflictos. Pero cuando se trata de organizar esos tribunales, la prioridad absoluta la tienen las propias partes a través del arbitraje: "el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo".
Platón, Diálogos (1983).

Es preciso subrayar que el arbitraje fue un método utilizado frecuentemente en los altos estratos sociales¹⁸³, como lo confirman los procesos arbitrales recogidos por las crónicas reales y de personajes ilustres de la época, pero a medida que avanzamos en el estudio de las disputas surgidas en los ámbitos urbanos observamos que el arbitraje se perfila también como un procedimiento muy habitual, extendido en los niveles sociales medios, con el aval de la burocracia concejil. Representó un recurso muy esgrimido a la hora de concertar intereses contrapuestos, un mecanismo diseñado para conciliar, lograr la paz y conservar la concordia.

En la edad postclásica y justiniana, con la desaparición del proceso por *fórmulas*, el arbitraje privado fue sacudido y golpeado por la necesidad imperial de agrupar todas las manifestaciones jurídicas bajo su poder; no obstante, se afirmó por encima del proceso ordinario a causa de los costos, complejidad y duración de éste, pero sobre todo por la autonomía brindada a los contendientes. El motivo de la favorabilidad concedida al arbitraje radica en la existencia de agregación de sociales libres y espontánea, *collegia* o *sodalitates*, en las cuales los comerciantes depositaron la confianza en la *bona fides* y la solidaridad de sus *collegas*, que, sin distinción de nacionalidad, conducen sus asuntos según una *praxis* determinada y conocida,

¹⁸³ Es posible establecer, dentro del estudio de una amplia casuística en materia arbitral de la época imperial, que el arbitraje era practicado por la clase senatorial, media y de los latifundistas, pero también por personas de modesta condición social; demostración de que el árbitro no recibía ninguna remuneración. El régimen despótico y absolutista consolidado en la Roma imperial a partir del siglo IV d. C., cuando todos los poderes se concentraron en las manos del Emperador, necesariamente tenía que afectar el régimen del arbitraje clásico, concebido como autónomo y cuyo éxito dependía de la autonomía privada, la libertad contractual y la buena fe de los interesados.

interesados en la observancia de ella por percibir que el árbitro y la contraparte pertenecen a la misma formación social. Significa lo anterior que el arbitraje privado en la época posterior a Justiniano sobrevive al control y a la manipulación imperial de la época postclásica, debido a la resistencia de la naciente clase mercantil y al inapropiado proceso ordinario; constantes históricas válidas en el actual *milenium*; lo que hace necesario, sin sombra de duda, una *retrospección histórica* sucinta de este período posterior hasta llegar a la institución arbitral moderna.

1.1.- El Arbitraje en el Medioevo

Como es *noticia abundante*, el desarrollo del Derecho romano auténtico y genuino culminó en el año 565 d.C., con la muerte del emperador y jurista Justiniano, que significó una merma y un declive significativo en el impulso de la ciencia jurídica. Una de las consecuencias de la caída del Imperio romano, fue la desintegración del sistema jurídico vigente en esa época siendo sustituido por el derecho germánico. La naturaleza del Derecho romano que contenía un Derecho Civil universal y flexible, no dio lugar a la aparición de un derecho especial. En cambio la rigidez del derecho germánico no era el más conveniente para regular las relaciones mercantiles.

Bien lo señala Halperín (2010) al acentuar que la época post justiniana se evidencia por la falta de unidad jurídica, la aplicación del principio del derecho bárbaro, el hecho que el individuo lleva consigo su derecho domiciliar (estatuto personal), la necesidad de celeridad en la ejecución de los contratos celebrados, y la influencia del derecho canónico -especialmente en cuanto al principio de la buena fe- produjeron la aplicación de distintas instituciones que aparecen típicas del comercio: la supresión del formulismo romano para ser reemplazado por la eficacia plena del mero consentimiento de las partes, la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, la representación ocasional o permanente en la celebración de los negocios jurídicos y su ejecución (mandato, corretaje, comisión), la solidaridad pasiva de los coobligados, etc.

Hacia el siglo XI, retornaba una relativa seguridad al tráfico por los caminos, se reanudó el comercio entre las diversas ciudades y dominios feudales, alentada por

los señores feudales para robustecer su propia potencialidad y asegurar el abastecimiento de sus súbditos lo que se logra a través de ferias y mercados¹⁸⁴. Estos se realizaban en forma periódica, con la finalidad de intercambiar productos o saldar deudas entre los comerciantes.

En el Derecho medieval existen las *episcopalis audientia*¹⁸⁵ que durante la dominación ostrogoda en Italia y hasta la ocupación longobarda tuvieron una estructura jurídica edificada alrededor de las facultades otorgadas por los contendientes para ser libremente sometidos al juicio del tribunal del arzobispo; la costumbre estimuló a los creyentes de la Iglesia Católica a dirigirse a la jurisdicción del arzobispo, en reemplazo de las magistraturas del Estado.

La inmolación del Imperio romano que produjo el vacío de poder, hubo de ser enfrentado por poblaciones con débil o incluso ausente organización judicial y autoridad estatal, siendo entonces axioma la sólida afirmación paralela del arbitraje impulsado por la Iglesia Católica, y del arbitraje practicado por las agremiaciones profesionales de los artesanos y comerciantes, que se fue gestando lentamente.

En la *época feudal*, con la crisis del poder estatal fue natural el fenómeno de la desconfianza en la estructura pública y correlativamente fue tendencia espontánea la propagación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, resultando más frecuentes las definiciones arbitrales¹⁸⁶ que la sentencia judicial, aún cuando las partes deseaban que la controversia fuese conforme a las normas del Derecho positivo estatal.

¹⁸⁴ Teniendo las ferias y mercados un carácter temporal, los negocios debían de concluirse con celeridad, así como los conflictos que pudiesen presentarse en las transacciones que allí se realizaban, lo que dio lugar al establecimiento de tribunales especiales para dirimir las controversias, integrado por comerciantes, que va ser materia de regulación en los estatutos medioevales, en lo referente a su formación, elección por los comerciantes, trámite de las causas y de los recursos de que las sentencias eran posibles.

¹⁸⁵ De acuerdo con el Derecho canónico de los siglos XII y XIII, cualquiera podía presentar la demanda ante un tribunal eclesiástico o retirar un asunto de conocimiento de un tribunal secular y presentarlo a uno eclesiástico, aún contra la voluntad de la otra parte, por motivo de “bancarrotas de la justicia secular” (Berman, 1996), como se señalaba en esa época.

¹⁸⁶ Definiciones éstas que se encuentran en varias fuentes medievales como formas de juicio arbitral. Es así como la *Lex Visigothorum* preveía expresamente la institución, la *Lex Salica* determinaba que los *apretictores pretii* determinarse en el valor de las cosas que el deudor debía pagar al acreedor en caso de incumplimiento de la suma de dinero. El *Breviarium de Alarico*, en la zona de influencia ibérica, y el *Liber Iudiciorum* disponían un arbitraje de carácter Justiniano ello con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada como características fundamentales del mismo. En la edad del Derecho comunal las reglas contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*, sobre *iudex, arbiter* y *compromissum*, fueron ampliamente utilizadas por los juristas. El derecho canónico intervendría con disposiciones más adecuada, concediendo a las partes amplias facultades en la elección del procedimiento y del nombramiento de los árbitros, inclusive, confiriendo a las mujeres la posibilidad de ser nombradas árbitros. Además, los estatutos medievales optaron y disciplinaron las decisiones arbitrales.

El reconocimiento jurídico medieval del siglo XIII y las nuevas exigencias de la vida económica y social, maduras en Italia con la *revolución de las comunas* y en España con las *Siete Partidas* de Alfonso X *El Sabio*, hacen prosperar las divergencias entre el *arbiter*, que decide ajustado a normas de derecho positivo *secundum iudiciorum ordinem*, y cuya decisión está sujeta a recurso, y el *arbitrator*, que definen, por lo general, una causa civil *ex bono et aequo*, y sin posibilidad de impugnación. Contraste este de especial importancia en el desarrollo histórico del arbitraje en su gradual metamorfosis de institución de naturaleza jurídica privada a la institución procesal (Chillón-Medina, 1991). En realidad, la superación de la concepción privatista del arbitraje permite uniformar el arbitraje al juicio público, lo cual se considera un adelanto jurídico de importancia para este período.

Por ello se dice con frecuencia, que la licencia conferida a los árbitros de ejercer los mismos poderes y funciones de los magistrados públicos, en los casos limitados e indicados en el compromiso, significan la realidad atribuirle al *laudo arbitral* la misma entidad de la sentencia pronunciada por el magistrado público, alcanzándose, como consecuencia, la ejecutoriedad del laudo del *arbiter*.

Hasta la época comunal, la clase comerciante medieval logra evitar la intervención de la Corona imperial en los debates corporativos y en relación con las formas de resolución de conflictos, pero el arbitraje comienza a declinar con el ascenso del poder monárquico y con el florecimiento del poder del Estado moderno y su metódica necesidad de someter cualquier manifestación de la función judicial a la voluntad de regente; pero sobre todo es con el absolutismo del rey Louis XIV (El Rey Sol, quien declarara: "*L'État c'est moi*") que se eclipsan el arbitraje y muchas otras manifestaciones de espontaneidad social. La decadencia del arbitraje –asegura Zappalá (2010)-

“...se advierte entonces en mayor medida en las ciudades, anteriormente como unas, que habían fundado su desarrollo y riqueza en sus actividades comerciales. La clase mercantil cesa de ser artífice del propio Derecho, el Derecho Comercial, que es la fuente y finalidad el arbitraje, sufriendo éste una doble transformación: por una parte, no es más derecho de clase, sino derecho de Estado; por otra, ya no el derecho universal, sino derecho nacional. La transformación se cumple en Francia, con los edictos de Francisco II y de Carlos IX, respectivamente en 1560 y 1563: las magistraturas mercantiles se convierten en tribunales de Estado, no obstante ser concebidos como tribunales especiales, por ser integrado por jueces

elegidos por una asamblea de mercantes, y designados por el rey e investidos de poder soberano” (208).

Es preciso y menester hacer referencia sucinta a la España medieval, la cual mientras dominaron los romanos, estuvo sujeta al régimen judicial de éstos, y a pesar de haber sido invadida por los visigodos a principios del siglo V, continuó gobernándose según las leyes romanas; pues los invasores promulgaron, el Código: *El de Tolosa*, compuesto de las disposiciones germánicas, para los godos, y el *Breviario de Aniano*, extractado de los Códigos Romanos, para los españoles. Posteriormente, con el objeto de reunir en una nación las dos en que España estaba dividida, se fundieron ambos Códigos con otras leyes dictadas al efecto, en el célebre *Fuero Juzgo*.

La invasión de los árabes, fue causa de que en muchas poblaciones se ignorase el Fuero Juzgo, y se hiciese imposible el cumplimiento de sus severos preceptos, de lo cual resultó que los litigios se resolvían por otras sentencias sobre casos análogos, las que se llamaban *albredíos*, si eran pronunciadas por árbitros y *fazañas*, si procedían del Rey o de los Jueces. En el año de 1255 se dio un *Código General a la Nación*, con el nombre de *Fuero Real* en el que se dispuso que la jurisdicción se ejercía sólo por los Alcaldes nombrados por el Rey y por los Árbitros, además de aspectos correspondientes al orden judicial, como la fijación de los trámites, términos, días feriados, pruebas, sentencias, apelaciones, autoridad y penas de los Jueces. Por otra parte en las *Siete Partidas* del Rey don Alfonso El Sabio se estableció el arbitraje jurídico en España¹⁸⁷. Paralelamente al Derecho común, el eclesiástico reconoció ampliamente el arbitraje durante la Edad Media y Moderna, al estatuir el sometimiento del obispo del lugar a las controversias planteadas por los feligreses (Montoya, 2010).

1.2.- El Arbitraje en la Edad Contemporánea. Revolución Francesa

¹⁸⁷ En España, como respuesta a la conquista de América, se promulgan disposiciones para el *nuevo continente*, en las cuales se prevé el arbitraje: las Leyes de Toro, de 1505, durante el reino de Juana la Loca, la Recopilación de las Leyes de Indias, del 18 mayo de 1680, durante el reinado de Carlos II, las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación, emitidas por Carlos IV, en 1737 y en 1805, respectivamente, las cuales le dan estructura jurídica a la institución arbitral.

Hecho ineludible de la Revolución Francesa lo constituye la proclamación de la famosa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, habiéndose consagrado principios de razón y de justicia, conocidos como los Principios de 1789¹⁸⁸. Así, la Revolución Francesa replica también en el campo del arbitraje extendiendo la institución al ámbito voluntario, considerándolo *droit naturel*, por cuanto la considera un mecanismo o antídoto adecuado contra los abusos, los costos y la parsimonia de las que hiciera el Estado. La Revolución considera que el *arbitraje* es compatible con los principios republicanos y liberales, cuyo núcleo es el contrato social, promoviendo la libre y autónoma investiduras de los ciudadanos en las funciones estatales.

El *sistema de justicia* se organiza sobre la base de la supresión de los parlamentos, prebostazgos, bailías y justicias señoriales. De esta manera, se instituye la autoridad del juez de paz para la solución de pequeños conflictos entre los ciudadanos de un cantón, la autoridad de un tribunal civil en cada distrito, la autoridad de un tribunal criminal con asistencia del jurado por departamento, y la autoridad de un tribunal de casación o tribunal supremo, cuya función sería la de velar por la exacta aplicación de la ley. Asimismo, el *arbitraje* surge como la institución que refleja, en el ámbito del Derecho, el ideal de justicia entre los hombres.

Se considera pertinente destacar que en la Francia post revolucionaria se reaccionó contra la corriente de pensamiento que propugnaba conceder poco o ningún valor a la institución del *arbitraje*, ya que esta tendencia, como lo asevera Castillo-Freyre (2002), se hallaba notablemente inspirada en los regímenes despóticos y absolutistas reinantes en Francia antes de la Revolución. Asimismo, es de recordar que en el antiguo sistema judicial francés imperaban la complejidad y la lentitud, por lo que la institución del arbitraje se erige como una reacción contra lo que significaba

¹⁸⁸ Se considera importante mencionar el contenido de los mismos, que a la letra refiere: DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, proclamada por la Asamblea Nacional de Francia Revolucionaria el 26 de agosto de 1789:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde continuamente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, puedan ser en cada instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundamentadas en principios sencillos e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.

la administración de justicia del antiguo régimen. Esta situación se ve reforzada si se aprecia que este tipo de justicia se concebía como más directa, simple y clara. Es por tal razón que la Asamblea Constituyente consagra en el artículo 1 del Título I de la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790 que: «*El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos*». En este sentido, podían ser susceptibles de arbitraje todas las materias que involucraran el interés privado de las partes en conflicto. Asimismo, en el artículo 4 de la citada Ley se proscribió que las partes apelen de la sentencia arbitral, salvo en el supuesto en que éstas lo hubieran estipulado en el compromiso arbitral. En tal contexto se creó un tribunal arbitral particular, conocido con el nombre de *Tribunal de Familia*, encargado de resolver conflictos familiares o controversias sobre tutela que les presentaran los particulares.

Esta tendencia fue seguida por la Constitución de 1791, en la que se reconoció como derecho natural el *derecho de comprometerse*, de tal forma que este derecho no podía ser restringido o disminuido por el Poder Legislativo. Cabe señalar que esta medida conllevó a excesos, los mismos que se tradujeron en la imposición del arbitraje para todos los negocios, razón por la cual los jueces llegaron a ser llamados *árbitros públicos*¹⁸⁹. Este contexto resultó favorable para que en el debate en torno al nuevo Código de Procedimiento Civil de 1806, se contemplara la posibilidad de excluir esta figura. Sin embargo, felizmente dicho intento no prosperó y el arbitraje continuó teniendo vigencia como una institución voluntaria¹⁹⁰ dentro del ordenamiento jurídico francés.

Pocos años después, el *Code de commerce*, además de atribuir la condición especial de comerciante, y fragmentando con ello, durante todo el siglo XVIII y parte del sucesivo, la unidad del Derecho Privado, en el artículo 618 reserva la jurisdicción sobre los actos de comercio a especiales tribunales de comercio, elegidos en una

¹⁸⁹ Es el moderno y actual *compromissum* de la época del Derecho clásico romano.

¹⁹⁰ La conquista de los derechos de los trabajadores y la aparición de los primeros sindicatos, en la última parte del siglo XVIII, difundió el arbitraje como mecanismo para la resolución de conflictos colectivos de trabajo, mecanismo que inicialmente fue voluntario como lo concebía la ley francesa del 27 diciembre 1892, que contempló por primera vez un procedimiento conciliatorio y de arbitraje voluntario para resolver conflictos colectivos en materia de contratos de trabajo, y la ley, también francesa de 1936, que impuso la conciliación y el arbitraje como requisito de procedibilidad para la declaración de huelga; este modelo fue repetido en todo el mundo occidental tuvo plena actuación desde la primera mitad del siglo pasado.

asamblea compuesta por comerciantes insignes ímprobos, como lo asegura Zappalá (2010), pero cuya lista era confeccionada por el prefecto y aprobada por el Ministro del Interior, de acuerdo con el artículo 619 y, por tanto, es jurisdicción especial y arbitraje; pero los artículos 51 y 52 disponen que las controversias entre socios se sometían al conocimiento de árbitros designados por las partes o, en su defecto, por los tribunales de comercio, cuyas apelaciones de competencia de la Corte de Casación Ordinaria.

1.3.- El Arbitraje en la era moderna. Globalización y postmodernidad

Sin duda, el desarrollo social y los cambios de pensamiento a través de la historia han generado nuevas realidades y nuevas formas de ver, interpretar y explicar las mismas. Esto, con el devenir histórico, ha permitido la aparición de diferentes paradigmas, los cuales asumen una visión del mundo, de los fenómenos naturales, sociales o jurídicos ajustada a sus parámetros de verdad, conocimiento, ciencia. En este sentido, la humanidad pasó de la explicación divina, mitológica, cósmica de los fenómenos naturales, sociales o de controversia entre las partes a la explicación racional, instrumental y formal, expresada por el pensamiento cartesiano; y de esta última a una explicación basada en la racionalidad dialógica. Surgiendo, con ello la *modernidad* y la *postmodernidad*, paradigmas que se han correspondido con su momento histórico y con sus características particulares, que es prolija ahora mencionar.

El capital, la producción, la gestión, la fuerza de trabajo, la información, la ciencia, la tecnología e incluso las culturas se organizan en grupos que atraviesan libremente las fronteras nacionales; por tanto, la *globalización* es una realidad cada vez más tangible que el Derecho Constitucional debe favorecer para la eficacia de las regulaciones financieras, monetaria, cambiaria, crediticias, aduaneras y comerciales, y en el campo del Derecho Internacional, se hace preciso auspiciar la *uniformidad procesal del arbitraje nacional e internacional*, para ordenar la efectividad y la cooperación de los laudos arbitrales de forma directa.

En la actualidad, considerar el Derecho como legislación excluyente, como producto meramente nacional, con características étnicas y culturales ignorando la realidad global del Derecho, significaría la exclusión del jurista de la realidad internacional. Por tanto, es menester otorgar eficacia y seguridad jurídica a la inversión extranjera, siendo imperativa la consecuencia de un delito, recto y sobre todo transnacional mecanismos de resolución de controversias, encontrándose respuesta a ello en el antiquísimo pero también moderno arbitraje, que toma ahora el adjetivo de internacional. El *proceso de globalización*¹⁹¹ tiene una larga historia circular con flujo espacial de norte a sur, y está renovando el significado de las barreras nacionales nadie puede entender su Derecho local enfocándose únicamente en el Derecho doméstico de una sola jurisdicción o Nación-Estado, sin percibir que el rango de actores activos y procesos se ha extendido sin reparo a las efímeras líneas limítrofes de la soberanía nacional, y que los fenómenos del pluralismo jurídico son centrales para el entendimiento del Derecho en el mundo actual.

Es imprescindible considerar que la expansión del comercio internacional ha estimulado la uniformidad de las reglas de arbitraje, como lo puntualiza Hernández La Roche (2000)

“...cuyo primer tentativo fue el Congreso Jurídico Suramericano que se desarrolló en Montevideo en 1889, al cual siguieron otros: los Protocolos de Ginebra del 24 septiembre 1923 y del 26 septiembre 1927; la Sexta y la Séptima Conferencia Internacional Americana, realizadas en 1928, en la capital cubana, y en 1933, en Montevideo, respectivamente; el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1940; el *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, de 1958; en la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial Internacional, de 1961; la Convención para la Resolución de las Controversias en Materia de Inversión de Washington, de 1965, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975. La Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de los Laudos Arbitrales de Montevideo, de 1979, y la fundamental Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional, del 21 junio 1985, de la

¹⁹¹ Tal como se expone *in extenso* en EL DERECHO ROMANO EN LA INTEGRACIÓN FRENTE AL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA, Gil-Osuna, Bartolomé (2003), sostiene que, en este marco, resulta de especial interés el análisis de los procesos de integración que se desarrollan en el mundo, en general, y en América Latina, en particular. Nosotros creemos que la *globalización* debe ser tomada en serio porque constituye una tendencia fundamental en el proceso que se halla actualmente en curso y que implica una renovación y una redefinición de los principales parámetros de organización de nuestra sociedad. El tema de la globalización y con ella el globalismo es, bajo todo punto de vista, un fenómeno polémico y virulento debido a los factores que toca y que introduce de manera casi inevitable, de allí, que la dinámica globalizadora conduzca a hablar de una ciudadanía y de un Estado multicultural (Gibernau, 1996, 2) e incluso de un ordenamiento jurídico supraestatal, pues, es menester desarrollar un sistema de derecho en la esfera internacional que extienda la conciencia de las normas.

United Nations Commission on International Trade Law, cuya ratificación por parte de los estados miembros ha sido recomendada por la Asamblea de las Naciones Unidas. Así como los esfuerzos del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con sede en Roma, y la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, conducida por el jurista Ole Lando” (78).

En la época moderna el arbitraje es objeto de gran desarrollo en el campo internacional, con la creación de estructuras e instituciones propias del arbitraje internacional, y en el campo nacional con su reconocimiento expreso, específico y distintivo en casi la totalidad de las legislaciones. Al actual Derecho global se le ha dado el nombre del *lex mercatoria*¹⁹², producida en la difusión de las prácticas y costumbres contractuales del mundo de los negocios, en los usos de comercio internacional y en la *ratio decidendi*, adoptada por los árbitros internacionales, formando un cuerpo de *regulae iuris* que los operadores económicos están inducidos a observar en caso de controversia en las relaciones comerciales. El Derecho transnacional, situado al margen de los Derechos estatales, se funda en el contrato internacional y en el arbitraje comercial internacional: Los contratantes indican a los

¹⁹² En este contexto, surge por necesidad imperiosa el llamado derecho espontáneo –usos, prácticas, términos, principios generales y guías de contratación–, en cuya promoción intervienen las diferentes asociaciones de comerciantes, especialmente la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o Instituciones de carácter científico como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI). Para más ver LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, de Gil-Osuna Bartolomé (2007).

Esta nueva "*lex mercatoria*", con sus usos y costumbres constituye un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. A esto ha contribuido, de manera significativa, el contenido de los Convenios Internacionales y de los Tratados multilaterales suscritos sobre el arbitraje, como fuentes de Derecho Internacional aplicables a la institución arbitral. Esta circunstancia ha provocado el surgimiento y desarrollo de una jurisdicción supranacional o "anacional" de Derecho Internacional Privado que encuentra en el arbitraje su instrumento más idóneo, ya que los árbitros aplican en sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la comunidad de comercio internacional, las que garantizan una mayor efectividad y confiabilidad de los laudos arbitrales. Producto de estos esfuerzos es el afianzamiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, como en la organización, procedimiento y designación de la ley aplicable al fondo del asunto. Las principales manifestaciones de la *Lex Mercatoria* se dan en los contratos-tipo como el propuesto por la IATA para el transporte aéreo de pasajeros que se utiliza por las compañías de aviación en todo el mundo. El contrato de licencia para programas IBM, los contratos de fletamento, de *factoring*, de *joint ventures* o de *know how* internacionales, son ejemplos, entre muchos otros, de contratos-tipo que se utilizan en el tráfico mundial y cuyos términos de contratación y su desarrollo se ven favorecidos con el arbitraje, que tiende a resolver los conflictos surgidos de tales negociaciones con las normas propias del comercio internacional y de los usos y costumbres universalmente aceptados. Otro ejemplo de la aplicación de los usos y costumbres mercantiles se evidencia en la utilización de ciertos términos de contratación conocidos como INCOTERMS (*International Commercial Terms*) los que resumen mediante una sigla, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional, convirtiéndose en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, básicamente en el área del comercio marítimo. Resulta, pues, innegable, la íntima vinculación que existe entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales, y la "*lex mercatoria*", como ordenamiento adecuado a las necesidades de los negocios mercantiles en estos días.

árbitros las reglas que deben aplicar, –las de la Nueva *Lex Mercatoria*–, lo que resulta posible, ya que los árbitros no pertenecen al poder judicial de ningún estado y no están vinculados a su sistema estatal de fuentes del Derecho.

2.- Evolución del Arbitraje comercial interno e internacional en el sistema venezolano

La evolución histórica de la institución arbitral en Venezuela ha sido abordada por muchos autores y desde varios puntos de vista. No se quiere, en esta investigación ser eminentemente históricos, por lo que decidimos orientar nuestras notas, investigación y comentarios hacia dos aspectos principales a saber: 2.1.- La evolución normativa y 2.2.- La evolución jurisprudencial. Pudiendo dejar de lado, con toda seguridad otros aspectos de gran interés para el análisis del arbitraje en Venezuela, pero en honor a la brevedad, los pasamos por alto.

Se debe advertir, que antes de iniciar este recorrido histórico, se hace necesario definir qué se entiende por arbitraje comercial interno o internacional, delimitando con ello el sentido de este trabajo; y de esta manera, nos hacemos eco de la *opinio iuris* más calificada al respecto. Así Sánquiz, (2005) asevera que

“...nuestro sistema no regula expresamente la definición de arbitraje comercial internacional. A falta de tal regulación, proponemos que el carácter comercial e internacional del arbitraje se determinen sobre la base de criterios amplios que combinen criterios jurídicos y económicos. De esta manera, el análisis debe estar centrado en la existencia o no de un intercambio económico más allá de las fronteras de un estado, las normas internas, aplicables a la determinación del carácter mercantil de una transacción doméstica, podría servir de guía, pero no deben ser aplicadas en forma exclusiva y excluyente para determinar el carácter comercial del arbitraje comercial internacional” (222).

Una de las principales características del arbitraje internacional es la noción de la autonomía de las partes; las partes que conformen una transacción comercial internacional pueden diseñar la cláusula de resolución de controversia en su convenio contractual para proporcionar arbitraje internacional, de manera que cubra sus necesidades particulares. El arbitraje es un proceso privado de resolución de

controversia¹⁹³. Las partes acuerdan por escrito someter sus posibles controversias a un tribunal arbitral, normalmente compuesto por uno o tres árbitros, en lugar de acudir a un sistema de tribunal nacional. El arbitraje puede ser administrado por reconocidas instituciones de arbitraje internacional, tales como la Cámara de Comercio Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), o la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, o puede realizarse de manera *ad hoc*, conforme a los procedimientos especificados por las partes o establecidos por el tribunal arbitral.

2.1.- Los adelantos normativos

Los avances normativos del arbitraje comprenden su desarrollo constitucional, su regulación en las fuentes internacionales, específicamente en los Tratados y, su consagración en el ordenamiento jurídico interno. Por lo que, de manera sucinta se hará mención de ello.

2.1.1.- *Desarrollo constitucional:* La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en sus artículos 253 y 258¹⁹⁴, otorga rango constitucional no sólo al Arbitraje, sino también a los demás medios alternos de resolución de conflictos, la mediación y la conciliación. Por primera vez, además, la Constitución señala expresamente que los medios alternativos de resolución de conflictos son parte del sistema de justicia.

2.1.2.- *Regulación en las fuentes internacionales:* El Acuerdo Boliviano sobre ejecución de Actos Extranjeros de 1911 representa un antecedente remoto y vigente en materia de reconocimiento de sentencia, incluyéndose las arbitrales.

¹⁹³ Con el aumento constante del comercio y las inversiones a nivel mundial, surge también la necesidad de encontrar medios idóneos para resolver las controversias internacionales propias de la dinámica de la economía global. Hoy en día, las empresas cuentan con recursos más sofisticados y con frecuencia tratan de encontrar medios y lugares idóneos para resolver las controversias comerciales y de inversión de carácter internacional, como lo es el arbitraje comercial internacional.

¹⁹⁴ **Artículo 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, *los medios alternativos de justicia*, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el *arbitraje*, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

La autoridad venezolana ha aprobado, a través de su ratificación o adhesión, numerosos tratados internacionales que directa o indirectamente desarrollan el tema del Arbitraje. De esta manera existen para Venezuela tratados vigentes de carácter multilateral; bilateral; universal; regional; subregional; general en materia de arbitraje; especial en materia de reconocimiento y/o ejecución del laudo; y especial en otras áreas del Derecho Comercial Internacional por el ejemplo el tratamiento de la inversión extranjera.

En este grupo constituye un instrumento fundamental la convención de Nueva York (1958) pues en ella se sientan las bases para el desarrollo progresivo del arbitraje comercial internacional.

En el ámbito universal, se encuentran el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados CIADI (1965); el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) (1992); y el Acuerdo sobre Comercio e Inversiones Venezuela con la Comunidad del Caribe CARICOM (1992). El Convenio entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos.

Marco de la Comunidad Andina el Protocolo de Cochabamba (1996) en el cual se le atribuyen funciones arbitrales al Tribunal Andino de Justicia. El MERCOSUR, dentro del cual se prevé, por ejemplo, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Buenos Aires, 1998). Finalmente, Venezuela ha ratificado más de cuarenta (40) Tratados tendientes a evitar la doble tributación, en los cuales también se favorece el uso del mecanismo arbitral como medio de solución de conflictos.

2.1.3.- *Consagración en el ordenamiento jurídico interno:* Sin duda que el desarrollo legislativo interna en esta materia es innegable; siempre ha estado presente en el desarrollo jurídico venezolano la idea del arbitraje como Método Alternativo para la Solución de los Conflictos o Controversias (MASC).

Normas Procesales: Código de Procedimiento Civil. Así, con la Reforma en 1986 del Código de 1916, la cual entró en vigencia el 16 de marzo de 1987, se mejoran varios aspectos de la *consagración procesal del arbitraje* en su antecesor. El principal, el carácter obligatorio de la cláusula compromisoria Y en segundo lugar, el carácter

vinculante del laudo arbitral sin necesidad de homologación por la jurisdicción ordinaria. Como se ha dicho, conforme al Código de Procedimiento Civil vigente el laudo tiene su propio valor y naturaleza de sentencia, como se deduce de las normas del artículo 625.

No es sino hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial que el ordenamiento jurídico venezolano presenta su mayor avance en cuanto a normativa interna se refiere.

En 1998, luego de un intenso debate legislativo, se aprueba la Ley de Arbitraje Comercial (LAC). La LAC está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL (1985). Y en normas colombianas sobre arbitraje (1989 y 1991). Sus aportes más resaltantes en materia de Arbitraje son, entre otros, como los señala lacónicamente Guerra-Hernández (2005), los siguientes:

- (i) la consagración del principio *Kompetenz-Kompetenz*;
- (ii) la aceptación de la autonomía del acuerdo de arbitraje del contrato que la contiene y sencillez en su forma de expresión formal por las partes;
- (iii) la aplicación preferente de la Fuente internacional;
- (iv) El auspicio del arbitraje institucional;
- (v) la facilidad de ejecución del laudo arbitral al eliminar el juicio previo de *exequatur*; y
- (vi) la limitación de los recursos contra el laudo al recurso de nulidad (44-45).

La legislación patria también se ha manifestado en una regulación especial, sin referencia a la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) y haciendo también referencia expresa a la Ley de Arbitraje Comercial. Antes de la promulgación de la LAC e incluso, con posterioridad a su entrada en vigor, el legislador venezolano ha sancionado algunas leyes especiales¹⁹⁵ que hacen referencia a los mecanismos alternativos, entre ellos el Arbitraje, para la solución de disputas.

2.2.- Los adelantos jurisprudenciales

¹⁹⁵ Estas leyes son las siguientes:

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Desde 1995, Ley del Trabajo (1997) y Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (2001), Ley de Comercio Marítimo (2001), Ley de Mercado de Capitales (1998), Ley de Derecho Internacional Privado (1998), remite a la regulación especial la materia de la Arbitraje, salvo en lo relativo a la jurisdicción exclusiva de nuestros tribunales, Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (1998), Ley sobre Derecho de Autor (1993), Ley de Universidades (1970), se otorga función arbitral hay consejo de Apelaciones, Finalmente, el Código de Comercio, última reforma de 1955.

Otras normas hacen referencia expresa a la LAC. Ellas son: Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001), Ley de Contrato de Seguros (2001), Código Orgánico Tributario (2001), Ley que establece el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones (1999).

La evolución de la jurisprudencia venezolana en materia de Arbitraje, específicamente la del Tribunal Supremo de Justicia, debe apreciarse, tomando en cuenta algunos rasgos generales:

- a.- Se produjo un aumento de las decisiones en materia de Arbitraje¹⁹⁶ desde la entrada en vigencia de la LAC.
- b.- Ha habido una inconsistencia del precedente judicial, particularmente en las decisiones de la Sala Político Administrativa;
- c.- Se aprecia la divergencia de criterios, a favor o no del arbitraje, entre las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en particular el contraste entre las decisiones de las Salas de Casación Civil¹⁹⁷, Político Administrativa y Constitucional¹⁹⁸.

Si se contrasta la evolución normativa con la evolución jurisprudencial, nos podemos percatar, evidentemente, de que a diferencia de nuestras normas internacionales e internas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia tiene carácter contradictorio, en particular la de la Sala Político Administrativa; y hay ausencia de políticas claras en el Máximo Tribunal de la República, que nos permita afirmar su posición a favor o no del Arbitraje (Guerra-Hernández, 2005).

Casi cien (100) fuentes internacionales vigentes y más de catorce (14) instrumentos internos, incluyendo una Ley especial en la materia, nos permiten afirmar no sólo la existencia del Arbitraje en Venezuela, sino también la vigencia actual del principio pro arbitraje o *favor arbitri* en nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, no se trata sólo de un tema de cantidad de normas pues, además el tipo de instrumento

¹⁹⁶ Para una revisión de la evolución jurisprudencial de la Sala Constitucional en materia de arbitraje, léase el trabajo “Breve resumen al Tratamiento Jurisprudencial de la Sala Constitucional venezolana sobre arbitraje”, en la Revista de Derecho N° 27 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008. Y *Breve introducción al arbitraje de inversiones* / Díaz Candia, Hernando.-- En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia / Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.-- Caracas, 2 (2013) Arbitraje; Inversiones Arbitraje de inversiones; Derecho internacional de inversiones; Laudos arbitrales Categoría temática primaria Derecho Mercantil.

¹⁹⁷ De la Sala de Casación Civil podemos citar las siguientes decisiones, ambas con pronunciamiento que favorecen los principios básicos del Arbitraje. Ellas son: (i) Reconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* (Caso Cosa-Conveca, 8-2-2002). (ii) En laudo arbitral no es recurrible en casación (Casos Promotora E.P. 1697, C.A. y Operaciones E.F. C.A., del 13-8-2004 y 19-08-2004, respectivamente).

¹⁹⁸ El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es sustancialmente similar al de la Sala Político Administrativa. Así, podemos identificar una decisión positiva la cual la patrocina el reconocimiento constitucional del *arbitraje*, declara además la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y niega la acción de amparo contra la sentencia que ordena la ejecución forzosa del laudo (Caso Grupo Inmesa C.A., 23-5-2001, reiterada en el caso VTV, 16-10-2001); pero, otra también se puede apreciar una decisión negativa, la cual reconoce la garantía de administración de justicia por jueces naturales y por tanto, la procedencia del recurso de amparo contra el laudo arbitral (Caso Consorcio Barr, C.A. del 4-7-2002 y 26-8-2003, respectivamente).

normativo vigente representa, en su mayoría, las soluciones más avanzadas mundialmente.

Anzola y Zumbiehl (2011) en una revisión jurisprudencial del arbitraje en Venezuela, consideran de relevante interés, señalar que

“...un importantísimo avance fue la sentencia dictada el 9 de octubre de 1997, por la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso Embotelladora Caracas C.A. y otras contra Pepsi-Cola Americana S.A. En ella, la Sala Político-Administrativa (en lo sucesivo, la SPA) de entonces invocó ambas Convenciones internacionales para validar acuerdos de arbitraje suscritos en contratos contenidos en documentos privados y declarar que los tribunales venezolanos no tenían jurisdicción para conocer de las disputas planteadas porque las partes habían escogido resolverlas mediante arbitraje, en la ciudad de Nueva York, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. La sentencia afirmó: “... *la República de Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio de carácter mercantil internacional, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje. No hay duda que el acuerdo arbitral en cuestión está documentado, en sendos escritos suscritos por las partes, y que la materia es arbitrable según el derecho venezolano...*”(4)”

Como ya hacíamos referencia, en 1998 se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial, abarcando el arbitraje nacional e internacional, con ello el arbitraje se revitalizó y todo anunciaba que se convertiría en una vigorosa institución. El artículo 5 de la LAC dispone que “*El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*” y según el Artículo 6 de la misma LAC el acuerdo arbitral -para asuntos nacionales o internacionales- debe constar por escrito, sin más ninguna otra formalidad.

Cuando se sanciona la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 relumbró el impulso del arbitraje al indicar en su artículo 258 que “*La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos*”. Parecía entonces que el *arbitraje* había adquirido en Venezuela una vigencia especial y una fuerza vinculante casi invulnerable. Sólo en casos extremos, aquellos no arbitrables por imperio de la ley, las partes podrían sustraerse del acuerdo de resolver sus diferencias mediante arbitraje.

Pero el examen de la jurisprudencia y en especial de las sentencias dictadas en fecha reciente por la actual SPA del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), nos hará ver

que aquella parte que quiera eludir el pacto de comparecer ante un tribunal arbitral, puede con la aprobación judicial, encontrar sutiles caminos para sustraerse de su pacto inicial. Alegará ante los tribunales venezolanos con posibilidades de éxito que la cláusula arbitral es confusa, o que quien suscribió el contrato o el compromiso no tenía suficientes facultades para ello, o que la materia, verdaderamente sin serlo, es de orden público y, en consecuencia, conseguir así que decaiga el camino arbitral y renazca, a plenitud, la jurisdicción y competencia de los tribunales ordinarios (Hernández La Roche, 2000).

La SPA ha acogido como criterio que la validez o eficacia de un convenio arbitral atañe a la existencia o eventual falta de jurisdicción de los jueces venezolanos. Esto permite plantear el debate sobre la validez y eficacia de la cláusula arbitral en el ámbito judicial. De esa manera la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales queda sometida a la decisión de los jueces de instancia quienes por aplicación de los artículos 59 y 62 del CPC, deben obligatoriamente consultar sus decisiones confirmatorias de jurisdicción con la SPA a quien corresponde la última palabra.

Esta práctica venezolana se aparta del criterio más extendido en el mundo arbitral internacional, recogido además en los artículos 7 y 44 de la LAC venezolana, por el cual corresponde al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia, principio conocido como “*compétence-compétence*”. A contrario de lo que podía pensarse por el mandato que impone la norma constitucional y la contenida en la LAC, la SPA acoge criterios restrictivos que tienden a desfavorecer la institución arbitral. La SPA no adopta los criterios más seguidos por la jurisprudencia internacional que tiende a acoger en caso de duda la validez del acuerdo arbitral, salvo cuando sea obvio que se trata de materias que no son arbitrables.

3.- Función jurisdiccional arbitral

Si se revisa con detenimiento tanto el Código de Procedimiento Civil como la ley de arbitraje comercial, se deduce que el *arbitraje* es un contrato de transacción¹⁹⁹, en el

¹⁹⁹ La transacción o “*transactio*”, para el Derecho romano clásico, corresponde a un convenio o pacto entre partes ya inmersas dentro de un proceso, por el que el actor renuncia al ejercicio de la acción a cambio de alguna entrega efectiva o una promesa formal por parte del “*reus*” o demandado, a efecto de poner fin al litigio ya encausado o, en su caso, evitar uno que se prevé

que las partes pretenden transar sus diferencias mediante la decisión que dicte un tercero, el árbitro o árbitros escogidos por ellas mismas. Es ésta una concepción *iusprivatista* del arbitraje que, a nuestro modo de ver, tiene el inconveniente, si se toma aisladamente, de no explicar fenómenos de derecho público, como son la naturaleza del proceso, el régimen de nulidades procesales, las garantías públicas del debido proceso, en que también se dan el proceso arbitral. Se puede decir— parafraseando a Carnelluti (1997)-

“...que la jurisdicción arbitral es un híbrido, un centauro jurídico, con cuerpo del contrato y alma de ley; ambos son fuente, mediata e inmediata de la autoridad que vincula a las partes frente a las resultas del laudo. Es tan significativa e importante la naturaleza procesal del arbitraje que, prácticamente constituye su esencia, al punto de que la función sustanciadora y decisoria de los árbitros (*notio, vocatio, iudicium*) es francamente jurisdiccional” (97).

De allí pues, que pueda aceptarse el *arbitraje* como una *transacción*, sólo a los fines de explicar el origen de la fuerza vinculante del arbitraje y de su carácter exclusivo y excluyente (Art. 5 LAC) frente a la jurisdicción pública. De hecho sólo puede ser sometido a arbitraje -según el artículo 3º de la Ley- lo que es susceptible de transacción. Las partes “entregan” la jurisdicción algunos jueces privados, revestidos como tales por ellas mismas. La modulación verbal “*entrega*” -entregar la fuerza vinculante inherente un fallo (*facere ius inter partes*), al juicio de un tercero, por virtud de la fuerza (también vinculante) de un contrato por acuerdo- suscita la cuestión sobre sí la jurisdicción la intervenga el Estado porque sólo corresponde originariamente al Estado por virtud del “pacto social” que sustenta la constitucionalidad, o si reside -primaria y principalmente- en la persona humana, según la concepción aristotélica de juridicidad; el hombre es un animal social y por tanto es connatural al hombre la regla de conducta en la sociedad, es decir la organización social a través de la juridicidad que conforma un ordenamiento de las conductas en su dimensión de *alteridad*.

Por demás es sabido que el obligatorio reconocimiento que debe dar el juez ordinario a la decisión de los árbitros (Art. 48 LAC) es la prueba ostensible de la autoridad

como inminente, proceso que con frecuencia se hacía frente al *arbiter* que por un laudo ponía fin a la *litis*. La transacción podía incluir entregas o promesas de carácter recíproco entre ambas partes o agregar estipulaciones, motivo por el que, durante la etapa conocida como postclásica, se le consideró como contrato innominado.

jurisdiccional que dimana del laudo y, por ende, de la auténtica jurisdiccionalidad (privada) del arbitraje, entregada *ex conventionis* entre las partes.

La jurisdicción es, bajo esta óptica, la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula. Su particular modo de expresarse es la sentencia, donde se concreta la función misma de juzgar mediante la imposición de una conducta específica a las partes, para quienes -en virtud de hallarse sometidas a ella- reviste carácter vinculante y obligatorio. Es obligatoriedad se traduce en acciones concretas, desde que se habilita la posibilidad de ejercer la fuerza para que se cumpla. Toda sentencia, por ser producto de una actividad jurisdiccional, con lleva la amenaza de que, en caso de resistencia o de falta de cumplimiento espontáneo, éste podrá obtenerse en forma coactiva y, de esta manera satisfacer las necesidades de las partes controvertidas.

La exigibilidad y el acatamiento de lo decidido, que es su consecuencia, no siempre derivan de la misma fuente jurídica. En los casos en que la jurisdicción es obligatoria -la justicia ordinaria o el arbitraje forzoso- la autoridad de la sentencia proviene de la ley que establece la jurisdicción. En el arbitraje convencional, al que las partes acceden de manera voluntaria invistiendo a un particular de facultades jurisdiccionales, la fuerza obligatoria del laudo tiene un fundamento inmediato en la voluntad de las mismas partes que se comprometieron a atacarlo, aunque no deja de tener basamento legal mediato en las normas que asimila la decisión de ese tercero privado a una sentencia judicial y le reconocen idéntica eficacia.

Por ello, acertadamente Caivano (2000) reafirma que

“en última instancia, la jurisdicción que detentan los árbitros en el arbitraje voluntario está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de su esfera de libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarla a otros particulares. Este respaldo se observa también en el hecho de que las leyes reconocen a la decisión arbitral –laudo- el mismo *status* jurídico de una sentencia judicial, poniendo a su disposición el aparato estatal de coerción para perseguir su cumplimiento forzado. Esto implica reconocer que la jurisdicción no es un atributo exclusivo de los jueces del Estado, sino que los árbitros y amigables componedores también ejercen jurisdicción. Admitir la jurisdicción en manos privadas, ejercida por árbitros libremente elegidos por las partes, no es

sino reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles con la propia ley” (24).

De ello deducimos, que existe también un interés propio del Estado en admitir y hasta fomentar la utilización del *arbitraje*²⁰⁰ como método alternativo de solución de conflictos. Desde esta óptica, para lograr su objetivo (mantener la paz y dar solución a los conflictos) no basta a la organización social con establecer una jurisdicción y dictar las normas por las cuales se habrá de regir. Es necesario, además, que la solución que esa jurisdicción procura, llegue en tiempo y forma, pues una definición tardía de un conflicto equivale a una denegatoria de justicia. Y el mantenimiento del mito del Estado como proveedor exclusivo del servicio de justicia, como único dador de soluciones a los conflictos que no han sido autocompuestos, ha generado una tendencia a la sobre utilización del sistema judicial, a punto tal de dejarlo hoy en un estado de colapso provocado por una sobrecarga de tareas que lo inmoviliza.

La jurisdicción, en suma, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado. Es una función establecida en el interés y protección de los particulares, por lo que estos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado, al que la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional.

El principio *ubi partes sunt concordēs nihil ab iudicem* adquiere preeminencia en el arbitraje comercial cuando el artículo 12 de la LAC permite a los reglamentos del centro de arbitraje -al cual las partes se hayan sometido-, las formalidades de constitución del tribunal, notificaciones, recusación y reemplazo de árbitro; alejando así aquella mentalidad tuitiva del arbitramento, en todos sus pasos y vicisitudes, con cargo a los jueces funcionarios, que echó raíces en la incipiente jurisprudencia venezolana. No existe un principio de *favor iurisdictionis* formulado en el sentido de

²⁰⁰ Si no se admite la utilización sin trabas de otra forma de solucionar los conflictos, se deja el ciudadano en una situación de indefensión y a la sociedad sin remedios adecuados para la solución de los conflictos. En este sentido, el arbitraje puede ser una de las fórmulas a través de las cuales se asegure a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponible. Así, el arbitraje asume una clara función social, desde que puede, junto con otros métodos alternativos, constituir una malla protectora de la justicia que retenga asuntos que no requieren el desgaste del sistema tribunalicio. En los casos en que no se necesite del imperio del Estado, la utilización de otra forma de resolver los conflictos permitirá no sólo dar satisfacción a los intereses particulares en juego, si no también aliviar la sobrecarga del poder judicial, con lo que este podría, a su vez, mejorar su prestación.

que la procedencia del arbitraje debe ser apreciada con un criterio restrictivo. En su apreciación no cabe la relevancia a otro interés que al estimarlo cuando proceda.

La jurisdicción arbitral “no significa necesariamente que el Estado abdique de su prerrogativa soberana. Todo lo contrario, estas prerrogativas son salvaguardadas suficientemente; el Estado conserva una medida de control sobre el *modo* cómo la justicia es administrada por otros en su propio territorio” (Bernardini, 1994, 26). Ese control lo ejerce mediante la acción de nulidad, el control sumario del laudo no-nacional antes de su ejecución y, muy excepcionalmente, mediante el amparo constitucional, como acciones procedimentales necesarias en el contexto del nuevo derecho recursivo.

3.1.1.- El Arbitraje: ¿Alteridad procesal?

De acuerdo con una idea muy difundida, el arbitraje internacional ofrecería una originalidad irreductible: lo que las partes buscan es ser juzgadas de un modo diferente del que serían juzgadas, si se aplicara otro mecanismo de solución de los conflictos; el árbitro estaría, por consiguiente, en una situación diferente *por su principio mismo* de la del juez. El derecho de recurrir al arbitraje expresaría, al mismo tiempo, la voluntad de los actores del comercio internacional de evitar las jurisdicciones estatales y la influencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, y el deseo de otro tipo de justicia, administrada y proferida de forma diferente. El arbitraje comercial internacional afirmaría, así, su especificidad, no sólo respecto de la justicia estatal, sino también respecto del arbitraje interno y de los demás mecanismos alternativos de solución de los conflictos. Un análisis más profundo demostraría, sin embargo, que esta alteridad del arbitraje comercial internacional es menos importante de lo que se piensa y, en nuestra opinión, tendería actualmente a reducirse singularmente.

El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, como lo había presentado Oppetit (2006):

“...hoy en día la misma filosofía del *debido proceso* impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia pública o privada

contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente aceptadas y respetadas. La identidad en cuanto a las finalidades se acompaña de un irrefutable acercamiento técnico, ya sea que este mimetismo sea el fruto de la ley de imitación o de una exigencia de organización inherente a la función de juzgar” (266).

De allí resulta una gran *proximidad*, en todos los aspectos, de los tribunales estatales y de los tribunales arbitrales internacionales; estos últimos, al cabo de una evolución ininterrumpida, han conocido una clara acentuación de su *jurisdiccionalización*, de su *institucionalización* y de su *judicialización*. Esta transformación conduce, entonces, las autoridades públicas y los representantes de las grandes instituciones de arbitraje a expresar, en términos similares, la fe en la *unidad sustancial de la justicia* y la pertenencia del arbitraje internacional a una estructura con misiones de interés general.

No obstante, esta orientación del arbitraje internacional no es unánimemente considerada como la manifestación de una necesidad ineluctable, y se le ha llegado a ver como una alteración, incluso como una desnaturalización de la institución. Se denuncia el insoportable *legalismo*, que revela la proliferación de las contestaciones previas a su ejecución, así como la complejidad, a veces esotérica, que las partes y sus representantes atribuyen a los problemas jurídicos suscitados en el análisis de fondo del asunto, concurriendo así a una desviación que, puede pensarse, no es necesariamente un signo de buena salud de la institución. La multiplicación de los procedimientos pre-, para- o post-arbitrales, hacen que se tenga por una *desviación procesal* que amenaza el futuro de la institución. Siguiendo el análisis de esta institución como alteridad procesal algunos iusprivatistas consideran que la institución arbitral se desnaturaliza e, incluso, pierde su valor esencial si el procedimiento arbitral sigue un procedimiento ulterior ante los tribunales estatales.

3.1.2.- Naturaleza del proceso arbitral

La esencia convencional del arbitraje no supone un surgimiento o reminiscencia de la concepción del proceso como un contrato, regido por categorías jurídicas iusprivatistas. Cuando se afirma que el acuerdo de arbitraje es una transacción, se

pretende explicar su origen convencional, emanado del compromiso²⁰¹. Pero los extravíos conceptuales comienzan cuando se explica -erradamente en nuestra opinión-, con categorías civilistas, un fenómeno jurídico de derecho público como es el proceso y la función jurisdiccional. Poco importa lo que en el Derecho privado sea el acuerdo de voluntades que escoge la jurisdicción delegada a los jueces privados en materia transigibles; (si transacción, sin mandato, etc.) lo que importa es el acuerdo de voluntades, el compromiso como fuente de vínculo jurídico. Ningún elemento condicionante se deriva del hecho de que el acuerdo de arbitraje sea o se parezca a una transacción y es estéril sistematizar las similitudes entre el arbitraje y la transacción porque las reglas de esta zona extrañas y ajenas a la peculiaridad del fenómeno jurídico objeto del acuerdo (la jurisdicción y el proceso). El hecho de que lo arbitrable esté circunscrito a materias transigibles, obedece a una razón de cautela que toma el Estado respecto a la intervención de personas privadas como jueces, más no a una sujeción conceptual del arbitraje, en su dinámica, a la normativa sobre transacción.

El proceso arbitral, internacional o doméstico, es en todo un *proceso judicial*, cuya esencia radica en su carácter instrumental, teleológico, preordenado a la administración de justicia: Dar a cada uno lo suyo²⁰². A ese fin se reconduce toda consideración sobre los principios que rigen el proceso, también el arbitral. Lo dicho no quita que el arbitraje esté regido, al unísono, por principios contractualistas del

²⁰¹ Es importante recordar y hacer la relación que en el Derecho romano clásico, además del *agere per formulas*, se podía someter la controversia patrimonial a la adquisición de un árbitro sin intervención del *praetor* u otro magistrado, es decir sin que los términos de la *litis* se fijasen en fórmula procesal. El procedimiento arbitral se establece mediante un *compromissum* de las partes y un *receptum arbitrii* del árbitro. El *compromissum* de las partes consiste en estipulaciones recíprocas mediante las cuales el legitimado pasivamente promete pagar una cantidad como pena o castigo si no cumple con el laudo arbitral, y el legitimado activamente promete atenerse al resultado del arbitraje. Justo lo que sucede en el arbitraje moderno con la cláusula compromisoria. El *receptum arbitrii* es el compromiso que adquiere el árbitro elegido por las partes de dirimir y resolver la controversia patrimonial en justicia y sin atenerse a las fórmulas del *agere per formulas* ni a la alternativa del silogismo judicial; condenar o absolver.

²⁰² Se debe destacar que la idea de *justicia* consistente en “dar a cada uno lo suyo” aparece en el pensamiento romano perfectamente consolidada. Así, el gran receptor y transmisor del pensamiento griego, tanto en su versión peripatética como estoica, Cicerón, definía la justicia como “dar a cada uno según sus méritos”, e igualmente en su versión más común como “dar a cada uno lo suyo”. También, y de un modo significativo queda esta idea de la justicia reflejada en la gran obra jurídica romana que nos ha sido transmitida el *Digestum*. Dos son las definiciones, ambas de Ulpiano, que de la justicia se dan: una, de un modo implícito, “dar a cada uno lo suyo” dentro de los *tria iuris praecepta*; y otra, ya de un modo explícito, como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. Esta última definición tiene la virtud de incorporar “el derecho”, y ésta es la gran novedad, en la definición de justicia. De este modo el derecho se equipara a lo suyo, lo debido (Gallego, 2005, 31).

Derecho privado, que fija en el marco de actuación, y por las garantías procesales de Derecho público preordenadas a la función eminentemente instrumental del proceso. El *proceso arbitral* debe cumplir las garantías del *debido proceso*, las cuales son improrrogables y están contempladas en la Constitución vigente. Cuando no se cumplen estas garantías, no hay derecho a la defensa o principio de igualdad de los litigantes, no habrá un verdadero proceso y tal circunstancia acarreará la nulidad del laudo. En tal sentido expresa Rengel Romberg que

“constituye una impropia reducción de la función jurisdiccional a la sola fase de ejecución, con olvido de la esencial y primaria consistente en la declaración de certeza del precepto jurídico individualizado y concreto que se expresa en el acta de la función que se llama sentencia, laudo o decisión; pues el proceso arbitral, como el proceso ordinario, es contencioso puesto que su fin es la composición de las controversias o *litis* (286).

Es evidente, hacer referencia a la correlación²⁰³ existente, ya que, a la par que el arbitraje coadyuva a la administración de justicia como función primordial del Estado, los órganos públicos también auxilian en la actividad procesal de los árbitros. La colaboración de la jurisdicción pública y su poder coactivo es indispensable instrumento de apoyo a la función encomendada al árbitro. La función arbitral es tan jurisdiccional como la del Estado, salvo en su aspecto coercitivo.

4.- Analogía ineludible: Arbitraje y Poder Judicial

Esta analogía o aproximación no debe ser vista como planteando el *arbitraje* en términos de una contradicción con la tarea judicial. No se trata de encolumnar la revaloración del arbitraje a la sombra de una política general de privatizaciones, ni deducir de ello que estamos en camino de "privatizar la justicia". Al fomentar la utilización del arbitraje no se busca reemplazar a los jueces, ni menoscabar su

²⁰³ Los árbitros poseen tan solo autoridad, pero les falta potestad (poder efectivo) que es atributo exclusivo del Estado. Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. Por ello los jueces pueden ser requeridos aún desde la iniciación del arbitraje -medidas cautelares- hasta su finalización -ejecución del laudo arbitral-. Podrán por tanto los árbitros –dice Serra-Domínguez (2009)- realizar todos aquellos actos para los que va de la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los Tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad. Resulta por ello ostensible la necesaria intervención de los Tribunales ordinarios para la ejecución de los laudos arbitrales.

labor²⁰⁴. Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tiene la potestad de imponer coactivamente una conducta. Tampoco puede pensarse que compita con el Poder Judicial, desde que existe una amplia gama de conflictos en los que la jurisdicción se atribuye con exclusividad a los jueces. Por regla general, cuando el litigio versa sobre cuestiones de orden público, las partes no podrán remitir el caso a arbitraje, quedando reservados a la competencia de los magistrados.

El arbitraje debe convivir con la justicia. Para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas. Así como los árbitros deberán comprender las limitaciones que impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público, será necesario que los jueces compartan la filosofía y los objetivos del arbitraje como sistema que “coopera” en la resolución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia (Cremades; Cairns, 2012).

No es dable suponer que quienes postulamos la revitalización del arbitraje vemos con satisfacción la crisis judicial. Por el contrario, esta situación, lejos de ser una ventaja, se erige en un serio escollo para las pretensiones de consolidar un sistema arbitral eficiente; porque el arbitraje no puede existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado. Desde la producción de ciertas medidas probatorias hasta la ejecución forzada de laudo, el arbitraje requiere la indispensable colaboración de los jueces²⁰⁵. Y si luego de obtener un laudo arbitral se producen demoras o trabas en la etapa de su ejecución judicial, la expectativa de solucionar eficientemente el conflicto sólo se habrá satisfecho parcialmente, pues en definitiva, la efectiva incorporación de

²⁰⁴ Se procura complementarla, de manera de colaborar a hacerla más eficiente. La búsqueda de medios alternativos de resolución de conflictos no significa menoscabo alguno para la labor judicial. El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Lo cierto es que no necesariamente la razón por la cual se recurre al arbitraje es la atribución de escasa idoneidad técnica o dudosa honestidad de los jueces estatales, aunque sí a la incapacidad de la justicia estatal para asegurar una decisión rápida y eficaz (Bernardini, 1994).

²⁰⁵ Se considera inminente, desde la elaboración de esta Investigación, expresar *vox populi*, que quienes creemos que el arbitraje debe tener mayor preponderancia como método de solución de controversias, aspiramos a tener un Poder Judicial igualmente ágil y expeditivo, que no se convierta en un obstáculo ni en una instancia en la que se pierdan parte de las ventajas que se lograron merced al arbitraje. Esa necesidad de apoyo judicial, esa dependencia funcional, no debe traducirse sin embargo en una posición de supremacía que genere en los jueces la creencia de que tienen el derecho de revisar el fondo de lo decidido por los árbitros cuando se recurre a los tribunales a procurar su cumplimiento forzado.

los derechos originalmente controvertidos, y eventualmente reconocidos en el laudo, se verá diferida en el tiempo.

En un análisis concreto, de erudición arbitral Caivano, al referirse a la relación inconfundible entre la institución arbitral y el sistema de justicia emanado del poder judicial, nos recuerda que

“El problema general de la administración de justicia subsistirá mientras no se ataquen en forma conjunta todos los obstáculos que traban el acceso del hombre común a la justicia. Revalorizando los sistemas alternativos, pero a la vez mejorando el judicial sin el cual los demás carecen de eficacia sobre la base de los principios que las modernas legislaciones comparadas han establecido como fundamentales para garantizar los derechos a través de los procesos. Es preciso que exista una armónica coexistencia entre ambos, como forma de garantizar efectivamente el acceso de los litigantes a fórmulas que les permitan resolver pacíficamente sus conflictos” (36).

En actitud *favor arbitri*, los que procuramos defender el arbitraje y promovemos la difusión del mismo, podemos decir con apasionamiento que éste medio de solución de controversias, constituye la panacea dentro del universo de los métodos adecuados de resolución de conflictos (MARCS); y no lo decimos por el incremento en el número de procesos arbitrales producido a lo largo de la década pasada, el mismo que a la fecha se sigue produciendo, sino porque éste incremento ha sido originado como una necesidad ante la crisis jurisdiccional existente. Sin embargo y a pesar de lo descrito, lo que buscamos con el presente trabajo no es destacar cuáles son las ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, sino que más bien pretendemos rescatar el apoyo que puede brindar el Poder Judicial al arbitraje para que éste se desarrolle y para que las actuaciones y las resoluciones que emitan los árbitros tengan plenitud de efectos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

4.1.- La senda abierta a la justicia

Se ha señalado la trascendencia de la función jurisdiccional -entendida en un sentido amplio, comprensivo de las diferentes formas de solucionar pacíficamente los conflictos mediante el dictado de una sentencia- en tanto permite la continuidad en la

convivencia grupal de toda sociedad. Lo que se sigue de ello es la imprescindible necesidad de que los habitantes de una comunidad cuenten con un sistema por el que las controversias -diferentes puntos de vista de las partes sobre una misma cuestión- sean resueltas, de manera de evitar que se conviertan en conflictos atentatorios de la paz social. Dentro de esa línea, por ejemplo, se cuenta la "obligatoriedad de la jurisdicción", que se define como la imposibilidad del órgano que la ejerce de eludir la solución del conflicto.

Como se dijo al comienzo de este Capítulo, en tiempos remotos se contemplaba que cuando el juez no pudiera salir de una duda de hecho o de derecho, debía remitir la causa al soberano para que la decidiera. En la actualidad, ese objetivo se persiguen tal como lo consagra nuestro ordenamiento civil mediante la imposición legal del ejercicio de la jurisdicción: el juez no puede dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (Art. 19 CPC). Si las palabras o el espíritu de la ley no dan solución al caso, deberá atenerse a las previsiones contenidas en leyes análogas o a los principios generales del Derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (Art. 4 del Código Civil²⁰⁶). A mayor abundamiento, la obligatoriedad se acentúa al consagrar el ordenamiento penal una figura ilícita, al juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, o que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencido los términos legales (Ley Contra la Corrupción).

La conjunción de estas normas determina, que una vez que la causa queda radicada en un tribunal judicial de conformidad con las normas que atribuyen la competencia y con el sistema que rija en el fuero de que se trate para la distribución de las causas debe permanecer en él hasta la finalización del proceso. Por ello, el juez ordinario no pierde su competencia por las dificultades que pueda tener al juzgar o por el mero transcurso del plazo que las leyes de rito le concedan para dictar la sentencia. Pero un examen más detallado de la cuestión nos permite advertir que no basta con

²⁰⁶ *Artículo 4.-* A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

impedir al juez la declinación de la jurisdicción, no alcanza con obligarlo a que dicte sentencia. No se satisface la necesidad social solamente porque las controversias formalmente planteadas en un expediente judicial sean formalmente dirimidas en una sentencia²⁰⁷. Es necesario, además, que se procure una verdadera solución, adecuada en tiempo y en forma. De lo contrario, una definición meramente formal y, además, tardía de un conflicto puede resultar en muchos casos, un ejercicio completamente estéril, puede equivaler a no resolver, a denegar en los hechos, el acceso a la justicia.

El derecho no solamente debe preocuparse porque los conflictos sean resueltos, sino que debe atender también a la manera en que se resuelven. Si se limita consagrar derechos que el paso del tiempo ha convertido en ilusorios, si los derechos que reconoce en favor de quien haya ganado el pleito no pueden ser cumplidos, la sentencia no revestirá utilidad alguna, convirtiéndose en una mera manifestación formal, carente de efectos. Además de no haber cumplido la finalidad de resolver un conflicto, se habrá llevado adelante una actividad jurisdiccional absolutamente inútil, dilapidando cuantiosos recursos materiales y humanos. Es por ello que cuando las estructuras previstas no son eficaces porque no alcanzan a dar satisfacción a esos requerimientos, no se está dando cumplimiento a la función, se está haciendo imposible goce el derecho a la Jurisdicción, el que, convertido en una ficción, aparecería como una mera concesión teórica. Y allí es donde se hace imperioso buscar fórmulas alternativas que puedan proveer las soluciones.

Nuestra Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a la jurisdicción, en el entendimiento de que se trata de uno de aquellos inherentes a la persona humana, y por ello preexistentes al Estado mismo. El Estado no lo concede, simplemente lo asegura, desde que no pertenece a él, sino directamente al individuo.

²⁰⁷ La sentencia es un mandato jurídico individual y concreto, en palabras de Nieto (2000). La idea de la sentencia como norma o mandato jurídico, ha venido siendo oscurecida por una inveterada tradición, que considera como regla jurídica exclusivamente a la norma general y abstracta, la cual, según esa concepción, una vez emanada se impone sin más a la voluntad de los particulares. De esto se concluye que la sentencia no crea una nueva norma, ni complementa la existente, sino que protege los intereses humanos concedidos en la norma cuya tutela ha resultado insuficiente, mediante una forma complementaria: la tutela judicial de los intereses en los límites asignados por la norma.

Pero como se ve claramente de esta doctrina, ella fija su atención en los derechos subjetivos que la norma general consagra, olvidándose de la estructura lógica de la sentencia, que es idéntica a la norma, en cuanto realiza el enlace de la conducta concreta de las partes con la consecuencia jurídica querida por la ley, siendo en este sentido una *lex specialis (res iudicata ius facit inter partis)*, reveladora de un proceso de creación normativa que va del mandato jurídico abstracto (*lex generalis*) al mandato jurídico concreto (sentencia: *lex specialis*) y finalmente a la efectiva realización de éste (ejecución).

Sería una especie de derecho de que no puede prescindirse, en tanto su inexistencia condiciona de manera absoluta todos los demás derechos. Se ha dicho que sólo existen efectivamente las garantías constitucionales, en la medida que los individuos tengan la posibilidad de movilizar a los órganos del Estado para que las hagan respetar. De lo contrario, las facultades y deberes prescritos por el ordenamiento jurídico se tornarían ilusorios. Que ha dado lugar en el siglo XXI a un neo-constitucionalismo de gran resonancia entre los autores modernos²⁰⁸.

Por esa razón, no basta con que el Estado establezca y mantenga los órganos que llevarán a cabo esta función. Es preciso que exista un sistema accesible a todos por igual, que sea capaz de brindar respuesta justa y rápida, y que pueda lograr un funcionamiento individual y socialmente justo. Cuando como sucede en la actualidad los órganos estatales del poder judicial no están en condiciones de prestar el servicio en los términos expuestos, por vía indirecta se está privando a los particulares del derecho a la jurisdicción, poniendo al Estado en una situación de virtual incumplimiento a una de sus funciones inmanentes. Si los conflictos no son resueltos en forma satisfactoria, no se cumple una de las más caras aspiraciones de la sociedad. La permanencia de gran cantidad de conflictos en estado de latencia implica un peligro cierto para la continuidad institucional del Estado, corriéndose el riesgo de retornar a situaciones donde la justicia por mano propia hace imposible la convivencia social.

Como bien lo asevera Brewer-Carias (2001) al hacer referencia a la ruta o senda abierta a la justicia en Venezuela al visionarse nuevas formas de administración de justicia, que logran un gran avance jurídico

²⁰⁸ Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli (al analizar la jurisdicción en materia de arbitraje) tiene, sin duda, -según nos lo hace saber Atienza (2006)- muchos puntos de coincidencia con las de los autores "constitucionalistas" que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin, y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Un papel semejante lo juega en Alexy (aparte de la distinción que también él hace entre reglas y principios) la idea de que el concepto de Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama -inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso- una "pretensión de corrección" que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y algo parecido puede decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (es decir, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de Derecho que contenga elementos valorativos; y de ahí su crítica a la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo).

“El concepto de la administración de justicia ejercida por el estado de manera monopólica y centralizada no está dando resultados. La demora ocasionada por el exceso de causas pendientes, la complejidad de las materias sometidas a los magistrados, la rigidez de las normas procesales y, en ocasiones, el abuso de estas por parte de los abogados, son índices de una dificultad que es común a la mayoría de los tribunales en el mundo entero. La principal consecuencia de esa crisis es la falta de credibilidad de la población en el sistema judicial” (135-136).

Bien lo dice, con rigurosa sutileza, Hernández-Bretón (2005) que “todo instrumento constitucional es expresión de los valores de su tiempo” (24). De allí, que al lado del acceso a la administración de justicia tradicional, se coloca, en un lugar preponderante hoy, el arbitraje, ya que, el arbitraje como derecho fundamental se inscribe dentro de lo que podríamos denominar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva a ser desarrollado sobre la base del contenido del derecho a la tutela efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional. El texto de esta disposición establece, ante todo, el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia. El artículo referido a la de tutela de los derechos e intereses, incluso los colectivos o difuso, de toda persona sin diferenciar en cuanto al órgano que brinda la tutela. Como observaba Denti un sistema de ayuda legal eficiente requiere un alto estándar de vida nacional, una relativamente limitada proporción de pobres, un considerable número de abogados dispuestos a desarrollar una actividad social orientadora, independencia del Poder Judicial y Principios Constitucionales que regulen las Garantías Constitucionales en la administración de justicia. La ausencia de estas condiciones en los países en desarrollo indica que el acceso a la justicia debe buscarse por otros medios (1980).

4.1.1.- Aproximaciones conceptuales del arbitraje

La concepción del arbitraje hoy, es muy disímil, heterogénea y compleja, lo cual, nos lleva a expresar que es concebido, en una primera aproximación, como un método, como un sistema de resolución de conflictos, como una alternativa a la justicia ordinaria. Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales. Producido un diferendo,

una contienda de intereses entre dos o más partes, se plantean en términos generales dos modos de resolverlo: uno mediante un acuerdo de voluntades entre las mismas partes en conflicto²⁰⁹ y otro, a través de un tercero que provea la solución.

En la segunda hipótesis nos hallamos ante métodos adversariales o heterocompositivos, en los cuales existe una decisión de un tercero que zanja la disputa. No son ya las mismas partes que a través de un acuerdo dirimen el diferendo, sino que aparece la *figura de un tercero* que desde una posición de neutralidad determina en qué medida corresponden a cada parte los derechos en disputa.

Cuando la autocomposición no es viable, si se observa la necesidad de recurrir a un tercero que resuelva, se abren a los litigantes, al menos dos opciones²¹⁰: escoger la vía de la actuación jurisdiccional pública, ejercida por el Estado a través de los órganos del Poder Judicial; o someterse a la jurisdicción arbitral, en cualquiera de sus variantes.

El Estado no sólo admite la asunción de facultades jurisdiccionales por los particulares a través del arbitraje, sino que le brinda además un reconocimiento explícito al otorgar a sus decisiones la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*) y poner a su disposición la fuerza coercitiva estatal equiparando el trámite de ejecución de los laudos con el dispuesto para las sentencias judiciales.

En ello insiste Oppetit (2006) al indicarnos

“...que el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se cree investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más ante los tribunales estatal, en virtud de un proceso habitual a toda institución; desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural, así sea en formas adaptadas a sus propias exigencias, los

²⁰⁹ Todo el mecanismo del arbitraje como medio alternativo de justicia descansa sobre la voluntad de los interesados. Nadie puede ser llevado a un proceso arbitral sin que medie su consentimiento. En este sentido se ha afirmado que uno de los principios fundamentales en materia de arbitraje es el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este principio encuentra su raíz constitucional en el artículo 20. Esta disposición establece que: “*Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del órgano público y social*” (Hernández-Bretón, 2005).

²¹⁰ Tal como sucedía en la Roma republicana, que ante una *litis*, las partes recurrían al *Praetor urbanus* o recurrían en la *apud iudicem* al *arbiter* para dirimir sus controversias, alternativa que era escogida de mutuo acuerdo entre las partes.

imperativos de organizaciones de funcionamiento que se imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea” (57-58).

4.1.1.1.- Necesarias e imperiosas definiciones

Se ha dicho en reiteradas oportunidades, que lo más difícil de la ciencia jurídica, son sus definiciones, no obstante, es necesario cobijarse en algunas de ellas, por ello, en la doctrina nacional y extranjera se pueden consultar diversas definiciones de arbitraje, que ponen el acento -en mayor o menor medida- en algunas de sus características más salientes. Destacamos también que existen otros autores que señalan la inutilidad de formular definiciones previas, entendiendo que el arbitraje no es una institución a cuyo estudio se pueda entrar utilizando, como base firme, el apoyo de una definición.

La Ley de Arbitraje Comercial (1998) en su Artículo 2º, sostiene: *“El arbitraje puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje”*.

Monroy Cabra nos dice que el arbitraje en general es el método o técnica mediante la cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Alvarado Velloso lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión.

Jean Robert dice es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar.

Patricio Aylwin Azócar lo define como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones.

Bernardo M. Cremades afirma que por medio del arbitraje una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente aceptar su decisión.

Guasp insiste en que es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente.

La Ley española de Arbitraje de 1953 establece en su art. 2 que "*a los efectos de la presente ley, se entiende por arbitraje en la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión*". Y para despejar dudas, añadía que no se considerará arbitraje la intervención de un tercero no para resolver el conflicto pendiente, si no para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente.

La American Arbitration Association lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, define el Arbitraje internacional en su artículo 3º así: Un arbitraje es internacional si:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En esta situación ha sido definida con elegante tecnicismo en la exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje del 22 de diciembre de 1953, al señalar que

"cuando ya no es posible un arreglo directo de una eventual contienda, pero quedan zonas de armonía accesibles a terceros, sin necesidad de acudir a la fuerza del Estado, que había de obtenerse *ex officio iudicis*, una experiencia secular ha consagrado la eficacia de dar entrada en el cuadro de figuras jurídicas conocidas, a esta obra pacificadora de terceros que, gozando de la confianza de los contendientes, pueden recibir de estos la autoridad necesaria para imponerle una solución satisfactoria. De este modo, no se desconoce y se menosprecia la labor augusta del juez, como órgano de la soberanía del Estado, sino que precisamente, por esta excelsitud de su carácter, se la reserva para aquellos casos en que, desgraciadamente, un tratamiento amistoso no es posible ni siquiera por esta vía indirecta y se hace necesaria la intervención del imperio estatal".

4.2.- El Arbitraje debe independizarse de la crisis judicial

Hemos visto las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico. Como reacción natural, ello ha motivado a diversos sectores para procurar la mayor utilización del arbitraje o de formas autocompositivas. Respecto de estas últimas, son ya derecho vigente en nuestro país las leyes que impusieron la mediación o la conciliación como instancia obligatoria prejudicial en los asuntos civiles, comerciales y laborales, estableciendo la necesidad de intentar la autocomposición del conflicto, como requisito de admisibilidad de las demandas judiciales (Código Mercantil, Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Ley Orgánica Procesal Laboral). Más allá de la opinión que se tenga respecto de la obligatoriedad que imponen estas normas sobre lo cual hay tantos defensores como detractores es necesario reconocer que en los últimos años, y particularmente de la sanción de esas leyes, se ha producido en el país un cambio de mentalidad en virtud del cual se va comprendiendo que no sólo el Estado, a través de sus tribunales, puede resolver los conflictos.

Esta transformación cultural también hace ver que, siempre que sea posible, resulta más eficaz en términos de pacificación social que las partes solucionen sus problemas mediante acuerdos. De allí que, cuando la compulsión de una sentencia no es necesaria, la tradicional noción de ganador-perdedor, inherente a los sistemas adversariales, debe dejar paso a nuevas formas en las que ambas partes puedan ganar. El resultado impuesto judicialmente por lo general es insatisfactorio; aún el "ganador" casi nunca tiene lo que necesita, en el momento que lo necesita (Rengel-Romberg, 1995).

En los casos en que un acuerdo no es posible, cuando el método más eficaz de solucionar el conflicto es el recurso a un tercero para que mediante un acto de autoridad sanje la disputa, el arbitraje aparece como un excelente medio. A diferencia de la mediación, la conciliación, el arbitraje es un método adversarial y adjudicativo, en el cual el tercero neutral no sigue a las partes para que éstas acuerden la solución, sino que se les impone mediante el dictado de un *laudo*, igual en sus efectos a una sentencia judicial²¹¹.

A través de este método es posible obtener una sentencia con mayor celeridad, sencillez y economía que los que puede brindar hoy el sistema estatal de administración de justicia: con procedimiento más sencillo, despojados de la solemnidades propias del procedimiento judicial, escogiendo a los árbitros y pudiendo pactar las normas de fondo y de forma aplicables, con economía de tiempo y de recursos y con la posibilidad de adaptar el sistema a los requerimientos específicos que justifique la naturaleza de las cuestiones litigiosas.

Este despertar del arbitraje es ciertamente muy auspicioso para su afianzamiento. La reiteración de experiencias prácticas, en tanto sean positivas, producirán seguramente un efecto de contagio en muchos otros que aún tienen sus reservas muchas de ellas lógicas y justificadas sobre la efectividad del arbitraje, y que sólo se animarán a pactarlo cuando lo vea funcionar en la práctica.

²¹¹ En el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, los hechos y sobre esa base decide la controversia. No obstante sus similitudes, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una diferencia sustancial: la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes, utilizando un procedimiento también disponible pensado para resolver el conflicto con mínimas interferencias formales.

Sin embargo, debemos admitir que las circunstancias en las que se produce ese desplazamiento hacia el arbitraje, y las razones que la impulsan, nos dejan cierta sensación de disconformidad. Lamentamos que, aunque se ha avanzado mucho, ese crecimiento no ha sido acompañado por una adecuada concientización acerca de su significado, ni por la adopción de modernos instrumentos que permitan hacerlo verdaderamente eficiente, ni por un cambio profundo en la cultura de litigar que todavía se encuentra arraigada en gran parte de nuestra sociedad y en muchos de los abogados. Aún así, está puesta en marcha -forzada por la realidad de los hechos antes que por la convicción de su eficacia- es preferible a la ignorancia en que se hallaba sumido (Caivano, 2000).

El problema de la justicia estatal -además de su antigua data, de su gravedad y de su profundidad- no deja de ser una cuestión coyuntural para nuestro estudio. Si sólo se pensara en arbitraje como una solución de compromiso para esta instancia de crisis, se equivocaría el camino, porque tampoco el arbitraje traerá consigo a la desaparición del problema. El arbitraje no es una suerte de mal necesario²¹². El mal menor por el que pueda darse ante la disyuntiva de acudir a una justicia estatal que no brindar respuestas, o probar con un sistema privado. Si se lo aborda sin convicciones, con prejuicios o recelos, pensando que es "menos malo" que la justicia, se estará minimizando su verdadero alcance. Pensamos en una verdadera revitalización del arbitraje, con intenciones de perdurar, para lo cual debe estar basada sobre postulados realistas. No porque se lo vea solamente como una salida posible al problema judicial, sino porque se entienda definitivamente que constituye una alternativa a la que se puede recurrir aun cuando la justicia ordinaria funcione óptimamente.

Si el actual vuelco de la sociedad hacia el estudio del arbitraje, debido a la sobrecarga del poder judicial, no se complementa y apoya con medidas que ayudan a profundizar el cambio de mentalidad, poco se habrá avanzado en el intento de

²¹² De todas maneras, frente al dato cierto del mayor desarrollo del arbitraje y habida cuenta de las razones por las cuales se produce, creemos necesario dejar claramente sentada nuestra posición. La idea expresada en los párrafos anteriores, de que el arbitraje ha crecido a expensas de la crisis judicial y que puede ser una de entre todas las herramientas que contribuyan a mejorar el funcionamiento del sistema de justicia, no debe, sin embargo, llamar a equívocos acerca de nuestra verdadera manera de concebir el arbitraje. Concretamente, pensamos que el arbitraje no debe verse solamente cómo una respuesta inmediata a la actual ineficacia de la justicia ordinaria, sino como una alternativa válida cualquiera sea la situación por la que atraviesa el Poder Judicial.

instituir una verdadera transformación cultural que significa pensar en él como un método apto, con independencia de la coyuntura en que se desenvuelve la justicia estatal. La aceptación del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas hará necesario un cambio más profundo. Pensamos en el arbitraje, porque brinda la posibilidad de comenzar a producir ese cambio. Porque contrariamente a la que muchos creen, no consiste solamente en un cambio en la persona en que habrá de decidir la contienda. No se trata únicamente de sustituir la persona del juez por la de un particular. Si creyéramos que con el solo cambio del juzgador se subsanaría el problema, pareciera que el juez es quien lo causa, cuando sabemos a ciencia cierta que sólo uno de los engranajes de una enorme maquinaria, y que muchas veces el también resulta víctima del sistema.

En este sentido, García-Leal (2000) explana, con gran claridad, que

“La consagración constitucional de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la participación ciudadana en la administración de justicia representa igualmente un valioso avance en la democratización de la administración de justicia. Su reconocimiento implica dos cambios de paradigmas fundamentales.

En primer lugar, abrir mecanismos concretos, expeditos y sencillos para la participación ciudadana en la resolución de conflictos. Solo de esta forma es posible garantizar la formación permanente de una cultura judicial y de la justicia en los intercambios sociales, culturales y económicos de los venezolanos, que permita amalgamar un contrapeso efectivo de control social y conocimiento real de los beneficios del adecuado funcionamiento de un sistema de justicia en el contexto de la democracia.

En segundo lugar, la consagración de mecanismos alternativos permite ampliar la oferta de formas de resolver diversos tipos de conflictos sociales de manera más adecuada a la naturaleza de los problemas y a la naturaleza de las partes en conflicto. Este segundo elemento tendrá una significativa incidencia respecto a la seguridad jurídica de las inversiones, a través del arbitraje comercial y, adicionalmente, en la ampliación del acceso a la justicia por parte de los sectores más pobres, a través de la consolidación de mecanismos como la Justicia de Paz.

Uno de los aportes más significativos de la nueva normativa consiste en reconocer que los particulares pueden ser investidos de la función de administrar justicia, tarea ésta que tradicionalmente se ha considerado reservada al Estado. Con este reconocimiento se reivindica el papel central de la participación social en el rescate de la institucionalidad” (111).

El arbitraje implica para quien lo asume en plenitud, un verdadero cambio de enfoque respecto del modo de encarar la resolución del conflicto²¹³. Requiere de todos los que participan de él -partes, abogados, árbitros y auxiliares- una predisposición diferente, espíritu sin el cual el sistema estará irremediablemente condenado al fracaso. Un juicio arbitral en el que las partes introduzcan planteos a todas luces obstruccionistas y dilatorios, o en el que los árbitros no logran despojarse de rigorismos insustanciales, seguramente reproducirá mucho de los vicios que se observan a diario en los juicios ordinarios; aunque es menester reconocer que si el arbitraje está instrumentado en forma coherente, los árbitros tendrán más herramientas para evitar que el proceso se desnaturalice.

Como ejemplo del rol que toca desempeñar al arbitraje dentro del contexto de la administración de justicia, se ha dicho que

"acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa de su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por omisión científica repartir, confitería de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos de intereses, el derecho, antes de llegar al puro mecanismo o activo de la intervención en apelable del poder público, ideas una serie de mecanismos de conciliación que trata de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del panorama general de las instituciones jurídicas" (Exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje del 22 de diciembre de 1953).

Siendo éstos algunos de los principios básicos que el sistema arbitral viene empleando desde antiguo, el arbitraje pueda convertirse en un modelo que habrá de ser tomado en cuenta para profundizar las reformas del procedimiento judicial. El arbitraje tiene algunas ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal, que son precisamente las que lo colocan hoy como alternativa válida: celeridad, confidencialidad, especialización en el tema a decidir, economía de recursos

²¹³ Nuestra aspiración -en definitiva- es que el arbitraje comience a ser visto como una fórmula digna de ser considerada a la hora de escoger la manera de dirimir una contienda, con total extracción de cómo se encuentra funcionando el Poder Judicial. Nos parece que atar su suerte a la crisis judicial es minimizar su validez, condicionar su efectiva vigencia, y perder de vista su actitud general como método alternativo de resolución de conflictos.

materiales y humanos, menos grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e intermediación entre éstas y el árbitro. Por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más participativo, más confidencial, más flexible, más rápido, más inmediato y puede tener menores costos.

Desde luego que el arbitraje no es el único mecanismo que puede colaborar en este proceso de transformación, y tampoco puede por sí solo proveer todas las soluciones. Será conveniente complementarlo con métodos autocompositivos (conciliación o mediación) que actúen como filtro, reteniendo todas aquellas situaciones litigiosas en que aun necesitando de auxilio externo pueda lograrse una solución que surja de las mismas partes; dejando el arbitraje para cuando no sea posible un acuerdo directo, pero exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sostenimiento de las diferencias arbitraje. La justicia ordinaria quedara así como el reducto final, reservado para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialmente consensuadas. Por ello hemos sostenido que la contribución que podría obtenerse del arbitraje como institución socialmente valiosa, apunta a un doble sentido: por un lado, como un efecto directo y más inmediato, descongestionando los tribunales ordinarios de un sin número de cuestiones que podrían resolverse satisfactoriamente a través de procedimientos más sencillos y económicos. Pero también puede producir el efecto indirecto, mostrando soluciones que en algún momento puede traspasarse el procedimiento judicial.

5.- Ley de Arbitraje Comercial. Clases de Arbitraje

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana fue publicada el 7 de abril de 1998. Sigue la sentencia legislativa puesta en práctica en Colombia (1989), Perú (1996) y otros países iberoamericanos, que han elaborado leyes de arbitraje excluidas de sus Códigos procesales. En nuestro caso, la Ley de Arbitraje Comercial deja vigente el

Título del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil para los arbitrajes no comerciales (arbitramento).

La Ley instrumenta un medio de tutela diferenciada, expedita y eficaz, de incuestionable asidero científico, acorde al proceso de integración legislativa que inspiró la Ley Modelo y que acarrea el fenómeno mundial de la globalización, como lo muestra, principalmente, la exención del *exequatur* respecto a los laudos arbitrales extranjeros. La Exposición de Motivos de la Ley bien lo ha expresado así

"Con el incremento vertiginoso del comercio, tanto de bienes como de servicios, el arbitraje se ha convertido en el paradigma de la justicia comercial internacional. Igualmente, ha tenido auge en muchos países para resolver problemas de comercio interno. Los problemas de administración de justicia que confronta Venezuela son en menor a mayor grado, confrontados por la mayoría de los países del mundo. De la actividad comercial cada vez más importante en las economías nacionales y en la mundial, surgen diferencias entre las partes que dan lugar a querellas judiciales. Esto ha producido congestión en los tribunales que puede aliviarse con el uso del arbitraje comercial regulado por este proyecto de Ley" (1998).

Y no hay que olvidar que muchas veces -también en las relaciones comerciales- el *interés procesal*, la necesidad de acudir al proceso, estriba en la satisfacción del derecho subjetivo antes que en su reconocimiento, de común respaldados suficientemente por documento auténtico o títulos valores. De allí que el tema de las medidas cautelares es inserido y tutelado por las reglas del arbitraje a los fines de poder garantizar *ab initio* la eficacia de la administración de justicia fundada en cláusulas compromisorias. Deberá ser analizado a la luz de los procesos extranjeros (arbitrales o no) en aras de la eficacia jurisdiccional.

La Ley de Arbitraje Comercial no establece que serán supletorias las normas sobre arbitramento del Código de Procedimiento Civil, pero es evidente que, ante lagunas legislativas, deba integrarse, por analogía (Art. 4 CC), con las previsiones del presente Título, siempre que estén de acuerdo con la índole de esta Ley especial: uniformidad con la Ley Modelo, autonomía y preeminencia del convenio inter partes, no interferencia ni supervisión de la jurisdicción. Las fuentes supletorias del procedimiento arbitral institucional, puede ser determinada por el propio Reglamento del Centro de Arbitraje.

5.1.- Institucional e Independiente o *ad hoc*

El artículo 2 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que "el arbitraje puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueron creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje".

En el *arbitraje independiente*, en palabras de Chillón Medina y otros (1991) es aquel que la constitución del tribunal o colegio arbitral y la fijación de la regla de procedimiento queda al libre juego de las partes; frente a este modelo está el *arbitraje permanente*, donde las partes se encuentran con un tribunal establecido, o al menos con unas reglas para su designación ciertas y determinadas, y un sistema procedimental estatuariamente formalizado; este último modelo de arbitraje ha sido y es de capital importancia en la configuración y desarrollo del arbitraje comercial internacional.

Si un arbitraje institucional o independiente²¹⁴ es realizado al margen de los requerimientos previstos en la Ley, carece totalmente de eficacia, y su laudo es anulable a tenor de lo dispuesto en el literal c) del artículo 44: "la nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: (...) c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley".

Toca al Reglamento del Centro de Arbitraje regular todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso. Debe entenderse que esta reglamentación queda sujeta a la limitación impuesta en el artículo anterior; es decir, que los Reglamentos de los Centros de Arbitraje tienen que acatar los "requerimientos" de la LAC, esto es, las normas vinculantes obligatorias, no prorrogables.

5.2.- De derecho y de equidad

²¹⁴ El arbitraje institucional se le denomina también en doctrina arbitraje administrado o por institución permanente.

Al igual que el Código de Procedimiento Civil, también la Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las *disposiciones de derecho* en la fundamentación de los laudos²¹⁵. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho.

"Los árbitros tendrán siempre en cuenta la estipulación del contrato y los usos y costumbres mercantiles" (Art. 8 LAC).

El árbitro de derecho debe sentenciar según el principio de legalidad, es decir, con fundamento en las normas de juicio del ordenamiento jurídico a las que se subsume la *quaestio facti* definida a partir de la valoración de las pruebas que cursen en el proceso²¹⁶.

En el arbitraje de equidad o "de conciencia" los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y a su leal saber y entender; pueden apartarse de las pautas legales, tanto las de orden procesal como la sustantivas, es decir, tanto en la tramitación del proceso, como en la fundamentación del laudo. Pero no hay impedimento legal a la convención de las partes sobre reglas específicas, sean las legales u otras creadas por ellas o por los Centros de Arbitraje. Si el arbitraje es de derecho, se presumen aplicables las reglas procedimentales legales, pero igualmente las partes pueden indicar también la observancia de ciertas pautas del arbitraje de equidad que es libre pero no arbitrario (caprichoso o irracional). El juez arbitrador actúa en la sentencia con entera libertad, "consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad" (Art. 23 del Código de Procedimiento Civil), en otras palabras, ateniéndose a la recta razón.

²¹⁵ Por "disposiciones de derecho" debe entenderse primeramente el ordenamiento jurídico nacional, tanto las reglas supletorias como en las imperativas (Art 8 LAC) en el que se determinan las normas jurídicas del fondo llamadas a resolver el caso; normas del juicio, distintas a las normas de procedimiento. Pero los arbitrajes regidos por disposiciones de derecho extranjero o disposiciones convencionales particulares o institucionales, de centros de arbitraje, son también arbitrajes de derecho según normas sustantivas inspiradas en los principios generales e instituciones fundamentales del derecho, entendido éste en su acepción etimológica y primaria: lo derecho, lo correcto, lo justo, establecido a través de criterios objetivos y preexistentes que son las leyes o reglas jurídicas individuales o generales.

²¹⁶ En efecto: los árbitros de derecho resuelven el caso del mismo modo que lo haría un magistrado de la justicia ordinaria. Poseen un carácter jurídico que nos obliga a sustentar el decisorio en el derecho de fondo. Por ello, aunque la legislación positiva venezolana no lo exista de manera expresa, se reconoce la necesidad de que los árbitros *iuris* sean abogados.

5.3.- Voluntario y forzoso

Según que la fuente de la que proviene sea un acuerdo de voluntades o una disposición de la ley, tendremos el arbitraje voluntario o el arbitraje forzoso. Por cierto que el voluntario -aquel en el cual son las propias partes quienes deciden adoptar el modelo- es el caso típico y más frecuente de arbitraje. La voluntad de los litigantes es el elemento predominante y característico del arbitraje mismo.

Así ha sido puesto de manifiesto por Cueto Rúa (1991), al señalar que entre las razones que llevan a las personas a buscar en el arbitraje la solución a conflictos, indudablemente la expresión de confianza es la más importante, por cuanto significa un reconocimiento de la pericia, de la capacidad intelectual del árbitro, del sentido de equidad que pondrá en la resolución del pleito; pero ante todo, un reconocimiento de su probidad.

En definitiva, el arbitraje voluntario no es sino una expresión del principio de la autonomía de la voluntad consagrado por el articulado del Código Civil y de la Ley de Derecho Internacional Privado, y aplican por ello las mismas limitaciones. Esta situación surge claramente expuesta en las disposiciones procesales aludidas, que remiten a lo que se prescriba en la legislación de fondo respecto a la transacción. El acuerdo de voluntades que le da nacimiento tiene las características de las convenciones, género al que también pertenecen los contratos *strictus sensu*; y en tal virtud, todos los principios inherentes a la materia contractual le serán aplicables a los pactos arbitrales.

El arbitraje es forzoso cuando ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigio del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente. No existe en estos casos un acuerdo de voluntades que dé origen al sistema, sino la decisión de legislador que deja de lado el principio general del sometimiento a los jueces oficiales, y otorga legitimación al árbitro, atendiendo a la naturaleza y características de ciertos asuntos.

Al respecto Reglero Campos afirma, al hacer mención de esta forma de arbitrar que

“...si bien se admite -en general- que el carácter forzoso o legal del arbitraje implica una contradicción en términos, por la naturaleza esencialmente voluntaria que caracteriza el sistema, se ha justificado la existencia de este tipo de arbitraje

en la necesidad de sustraer del ámbito judicial y evitar a los jueces la resolución de determinados temas -normalmente cuestiones de hecho- que exigirán procesos judiciales extensos en función de su tecnicismo, complejidad o de las incidencias que pueden producir” (1991, 127).

En estos casos, la norma que impone el arbitraje hace las veces de cláusula compromisoria, cumpliendo el mismo cometido; escribir la jurisdicción judicial para dársela a los árbitros. Pero si no prevé todas las constancias requeridas para dar andamiaje al arbitraje, son las partes quienes deberán acordarles a través del compromiso arbitral.

5.4.- Interno e Internacional

La calificación de internacional o interno de un arbitraje dependerá de que los elementos que lo compone tengan relación con un solo Estado, o que se vinculen con más de uno. Por cierto que no existirá problema alguno para identificar su calidad cuando todos los elementos que confluyen a su caracterización están referidos a un sólo Estado. La dificultad se acometerá en aquellos casos en que existan algunos factores relacionados con más de un Estado, pues frente a tal hipótesis será necesario como paso previo una toma de decisión respecto de cuál de estos factores se tomará en cuenta y cuáles se descartarán.

No existe una posición uniforme respecto de cuáles son de entre todos los posibles aquellos factores que determinan -en un caso concreto- la internacionalidad del arbitraje. Así, se hace prevalecer tanto el lugar donde el laudo haya sido dictado, como el domicilio o la nacionalidad de las partes, el domicilio de los árbitros, etcétera. Para citar un ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL, en su Art. 1, define a un arbitraje como internacional²¹⁷ si se da cualquiera de los siguientes factores:

- A) si las partes tienen-al momento de celebrar el acuerdo arbitral-sus establecimientos en Estados diferentes.
- B) si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

²¹⁷ Arbitraje Internacional: Aquel en el que las partes pertenecen a Estados diferentes, siendo factores esenciales el lugar de celebración y ejecución del contrato y el domicilio de las partes. Se aplica tanto entre particulares, personas naturales o jurídicas o entre Estados y empresas. Es fundamental escoger las normas que rigen al Arbitraje Internacional.

1. En lugar de arbitraje, si éste ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él;
 2. En lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o,
- C) si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.

A continuación, la norma aclara que si alguna de las partes tuviese más de un establecimiento, se considerará tal aquel que guarda una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si no tuviere establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5.4.1.- Importancia del Arbitraje

El Arbitraje como medio alterno y heterocompositivo de solución de controversias revela su importancia en el hecho que permite a las personas físicas y colectivas resolver de manera rápida, eficiente, transparente y profesional alguna controversia de naturaleza contractual o no, en materia civil y mercantil, evitando así que la actividad económica se vea estancada por problemas legales, que bien pueden ser resueltos por esta expedita vía. En este sentido, debe entenderse que el *arbitraje* es un procedimiento similar al ordinario²¹⁸ pero evita formalismos que en muchos casos dilatan y rezagan la resolución de los mismos, sin dejar de observar las reglas generales de todo procedimiento como lo es la igualdad y la equidad en el trato de las partes contratantes y controvertidas. En Venezuela, el arbitraje solo es admisible

²¹⁸ Es económico, ya que evita procesos judiciales más costosos, por los honorarios que causan y el tiempo que puede durar, en el arbitraje se decide de forma más rápida, permitiendo que haya menos inversión de horas de trabajo, que conllevaría más esfuerzo humano y económico para la disolución definitiva del conflicto.

Es imparcial por la idoneidad ética y profesional de los árbitros. Los árbitros actúan como verdaderos jueces, es decir, como ya lo hemos indicado, poseen un reconocimiento del estado, un carácter, una naturaleza, desde nuestro punto de vista, fundamentalmente jurisdiccional en la administración de la justicia, reflejado en el laudo arbitral. Es rápido, las partes señalan el tiempo de duración del proceso (Art. 623, 614 Parágrafo Cuarto C.P.C. y Art. 22 L.A.C.). En la Ley de Arbitraje Comercial se habla de seis (6) meses de duración del proceso arbitral contados a partir de la constitución del tribunal, si no hay un acuerdo a priori de las partes. Genera efectos legales, porque el fallo arbitral se considera cosa juzgada y tiene el mismo efecto de una sentencia judicial. (Art. 625 C.P.C. y Art. 31 L.A.C.). Es especializado porque los árbitros que se designan son expertos, bien sea por razón de su profesión o del cargo que ocupan, en la materia de que trata el conflicto. Ausencia de publicidad, es decir, el arbitraje se desarrolla dentro de un marco de absoluta reserva en beneficio de las partes. Lo que indica que los demás consumidores y usuarios del producto o servicio, las instituciones financieras y el público en general no conocerán del asunto (Art. 42 L.A.C.). Reducción de la sobrecarga de trabajo de los Tribunales. Y esto es así, ya que las personas naturales y jurídicas, acuden al arbitraje y no a la justicia ordinaria, en la búsqueda de soluciones rápidas, satisfactorias, razonables y justa.

en aquellas materias susceptibles de transacción que surjan entre personas con capacidad para transigir (consentir en lo que se cree justo), tanto en el área comercial como en aquellas otras no prohibidas por la Ley.

El Arbitraje Comercial es un tema de particular relevancia para comerciantes que prefieren invertir en países con mayor estabilidad política, marcos legales claros y mercados consolidados. La presencia de estas condiciones son clave para asegurar que sus disputas se resolverán en concordancia con las disposiciones contenidas en las cláusulas arbitrales que han suscrito y que las sentencias que de ellas se deriven se ejecuten en los tribunales nacionales conforme con los principios y las normas aceptados a nivel internacional.

Tal como lo expresa Feldstein de Cárdenas (2012) al hacer referencia oportuna a los beneficios del arbitraje comercial internacional, que

“...estamos en presencia de un método de solución de las desavenencias caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno como el arbitraje comercial internacional; pero en el plano internacional poseen una virtud adicional al constituir, por antonomasia la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables sintiéndose inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados conocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales (23).

En casi todos los países del mundo, y a esta tendencia no escapa la República Bolivariana de Venezuela, se han recrudecido las circunstancias acuciantes por las que atraviesan las cortes estatales, tales como su estancamiento, retroceso, insuficiencia, ineficiencia, o disfuncionalidad notorios, que no solamente dificultan sino que frecuentemente, impiden a los justiciables el acceso efectivo a la jurisdicción. Por estas razones, se ha reavivado el interés en la búsqueda de otras vías alternativas que coadyuven a la solución de las desavenencias, entre las que destaca en el reestablecimiento de la paz social, el arbitraje comercial internacional.

El arbitraje comercial internacional en materia de negocios internacionales, se ha consagrado paulatina pero firmemente como un medio eficazmente apto para

resolver los litigios. Este mecanismo no solamente puede resultar el más rápido, el menos costoso, el más confidencial, el más flexible, el que ofrece mayor libertad entre los métodos para resolver las controversias, sino que lo que acaso es su rasgo más saliente, que cuenta con la aceptación de quienes son sus destinatarios que han elevado a esta modalidad, hasta convertirla en la más empleada en el área del comercio internacional.

La preferencia de las partes en la elección del arbitraje guarda una íntima vinculación con la aprobación y ratificación por los Estados de importantes realizaciones convencionales, tales como la Convención de Nueva York de 1958 o la Convención Interamericana de Panamá de 1975, destinadas a facilitar la realización del arbitraje y la ejecución de los laudos arbitrales y, además a una adecuada legislación interna, como la Ley de Arbitraje Comercial, en Venezuela²¹⁹.

6.- Tópicos sobre el procedimiento en la Ley de Arbitraje Comercial

Es preciso señalar que centraremos nuestra atención –de manera sucinta- al estudio fundamentalmente de los problemas procesales derivados de la aplicación de la Ley

²¹⁹ Al estudiar el punto relacionado al ámbito de aplicación interna de la Ley de Arbitraje Comercial, conviene resolver la interrogante de si la Ley de Arbitraje Comercial regula también el arbitraje internacional.

La Ley Modelo contiene en su artículo 1.3) una calificación esencial para todo instrumento que pretende regular el arbitraje Comercial internacional, es decir, ofrece ciertas pautas para definir el arbitraje internacional. La Ley venezolana guarda silencio al respecto, lo cual constituye una de las dificultades en su aplicación al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la jurisprudencia venezolana específicamente, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala Político Administrativo, de fecha 09/10/97, ha afirmado que los problemas relativos al *arbitraje comercial internacional* corresponden al campo del Derecho Procesal Civil Internacional que, a su vez, constituye entre nosotros, una parcela específica de estudio del Derecho Internacional Privado. Igualmente, la Ley de Arbitraje Comercial, reconoce en su artículo 1º, la prioridad de aplicación de las normas contenidas en tratados bilaterales o multilaterales; sin embargo, el artículo 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial N° 36.511 del 06/08/1998), excluye de su ámbito de aplicación todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional, lo cual según ella se regirá por las normas especiales que regulan la materia; no obstante, el propio artículo 62 *eiusdem*, expresamente indica que la admisibilidad de la derogación convencional de la jurisdicción venezolana a favor de los árbitros que resuelven en el extranjero, se rige por lo dispuesto en su artículo 47.

Lo anterior, en adición de las declaraciones interpretativas hechas por Venezuela a la llamada Convención de Nueva York, conjuntamente con el artículo 48 y el encabezamiento de los literales c) y e) del artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial, conduce a Gabaldón a considerar que el arbitraje comercial internacional:

“...es aquel libremente consentido por las partes de una relación jurídica, contractual o no, considerada de índole mercantil por el derecho interno venezolano, con el propósito de resolver en un Estado extranjero o en un sitio sometido a un ordenamiento jurídico sujeto al poder de un Estado extranjero cualesquiera (o determinadas) controversias que surjan o hayan surgido respecto al nacimiento, desarrollo o extinción de dicha relación (1999:15).

En vista de todos los fundamentos dados anteriormente, se considera si bien es cierto que la Ley de Arbitraje Comercial regula tanto el arbitraje interno como el internacional, a pesar de que no está contemplado expresamente, también lo es, que tampoco está, que el campo de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial, es exclusivo para el arbitraje interno, por lo cual se considera que este tipo de arbitraje, sí podría ser regulado igualmente por lo Ley arbitral comercial, tal como se desprende de las disposiciones citadas anteriormente.

de Arbitraje Comercial y sólo al *arbitraje*, no a otros medios de composición extrajudicial del proceso, por igual existentes y reconocidos en nuestra Legislación.

Los comentarios que se susciten se circunscribirán en la medida de lo posible al análisis de fallos y decisiones proferidos por nuestro Tribunal Supremo de Justicia y otros tribunales nacionales, pues estimamos que ello dará mayor interés a la investigación, que el hacer una disquisición teórica o dogmática sobre las normas de la Ley en torno al procedimiento.

En cuanto a Venezuela concierne, la determinación de cuáles sean las leyes aplicables para la solución del conflicto, también debemos recordar que es perfectamente posible dentro de nuestro sistema de Arbitraje Comercial, con la sola salvedad de que las reglas escogidas no sean contrarias al orden público interno, so pena de que al laudo no se le dé el pase correspondiente (Literal f del Art. 49 LAC) que formando parte de las cláusulas de estilo de un convenio o contrato comercial, se haya estipulado cual sistema estatal es el aplicable y con ello se fijan las normas que se apliquen para tramitar el arbitraje y en su caso la resolución de cualquier asunto que se plantee por la interpretación o ejecución de dicho convenio, inclusive normas internacionales, ajenas a todo Estado, tales como las emanadas de Convenciones Internacionales derivadas de Naciones Unidas para el Comercio Internacional o inclusive las que acojan libremente las partes, derivadas de la costumbre y prácticas internacionales, "*ius singularis*" como suerte de cuerpos legales que se van formando en la práctica mercantil paralelas a las normas ordinarias.

Se hace necesario, sin duda, referir que conforme la vigente Ley de Derecho Internacional Privado, a falta de expresión de la voluntad de las partes, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas²²⁰. El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato para determinar ese derecho y también tomar en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales²²¹.

²²⁰ Artículo 29. Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.

²²¹ Artículo 30. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del

En idéntica forma vale la pena destacar también que la LDIP en su artículo 31 reconoce la existencia y aplicación de la *Lex Mercatoria* con su apoyo en la LAC, disponiendo que cuando corresponda se aplicarán las normas, las costumbres (*lex mercatoria*) y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. En igual sentido, como se dijo la LAC acepta que la costumbre y práctica mercantil, constituyen fuente insoslayable del laudo, en todo aquello no previsto en el contrato o en la Ley sustitutiva escogida.

En torno a las normas de rito, es hoy perfectamente admisible, reconociendo una tendencia internacional, que las mismas partes también fijen y regulen el proceder del arbitraje, conforme a la LAC, a falta de tal precisión y no teniendo norma legal aplicable, deja en manos de los árbitros la escogencia de la que resulte aplicable, quien en ello pueden acudir a cualquier fuente que a su juicio resulte más justa²²².

Establece la LAC en su artículo 5:

"El <<acuerdo de arbitraje>> es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria".

A tenor de lo dispuesto en el Artículo 6 de la misma LAC, dicho acuerdo necesariamente debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someter a arbitraje. Disponiendo igualmente que la referencia hecha en un contrato o un documento que contenga una cláusula arbitral constituya un acuerdo de arbitraje siempre que de

contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

²²² En Venezuela conforme el Art. 12 LAC, en el caso de arbitrajes Institucionales, dichas reglas a falta de disposición de las partes, debe entenderse que resultan aplicables las del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje al que las partes se hayan sometido, y son tales las que impone la Ley a dichos entes deben tener dictadas en su Reglamento (Art. 13, literal b) y en el caso de que el Arbitraje sea Independiente, a falta del acuerdo de las partes, las reglas aplicables serán las que de manera general consagra la misma LAC (Art. 13 y 15).

dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Sólo excluyó el Legislador de tales modalidades de entender manifestada la voluntad para separarse las partes de la jurisdicción ordinaria, el caso de los contratos de adhesión²²³ y contratos normatizados, en cuyo caso la manifestación de voluntad no basta con ser escrita ni estar en el texto contractual, referida a él por otro documento, sino que en tales casos, como lo dispone el aparte final del Art. 6 en tales casos la voluntad debe manifestarse de manera expresa independiente.

Para la Sala Político Administrativa, en su fallo 01681 del 6 de octubre del 2004, Exp. 2003-1313, con ponencia de la magistrada Yolanda Jaimes,

“...tales exigencias del Legislador deben ser entendidas en el sentido de que haya manifestación concreta y precisa de la voluntad de las partes, de que desean que sea el arbitraje el medio para aplicarse en el supuesto de que alguna manera exista disputa entre las partes en cuanto a la aplicación o lagunas que puedan surgir de la ejecución o interpretación de ese otro instrumento que no contempla la cláusula arbitral”.

Según decisión de la misma Sala, resolviendo la consulta pertinente por vía de una alegada falta de jurisdicción, en un proceso de oferta real debatido entre las partes, conforme lo dispuesto entre los artículos 59 y 62 del Código del Procedimiento Civil. Por existir una cláusula arbitral en el contrato de opción de compra objeto de la oferta real, ello daba lugar a un acuerdo vinculante entre las partes que han suscrito el contrato, quienes conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la LAC, renuncian a acudir por ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

Es de hacer notar, un hecho de gran relevancia jurídica, en relación a este tema fue el contar con el voto salvado del Dr. Jesús E. Cabrera R., con el cual nos solidarizamos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó el 19 de noviembre de 2004 *Amparo Constitucional* contra un fallo arbitral dictado en Miami, U.S.A., por entender que con tal pronunciamiento se vulneraban entre otros los principios de independencia e imparcialidad de los tribunales (numeral 3 Art. 49 CN) ocasionadas por el fallo dictado el 22 de mayo de 2003 por un Tribunal Arbitral extranjero

²²³ Para ampliar más ver: Gil Osuna, Bartolomé (2011). LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. Publicaciones *on line*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA-Mérida.

constituido conforme convenio suscrito por las partes, quien además se le acusa de haber violado la tutela judicial efectiva a la garantía del Juez natural, todo por haber desconocido el contenido del fallo dictado por la SPA del TSJ y de la Sala Constitucional, en sus fallos del 25 de marzo y 26 de agosto de 2003, en las que se reconoció la jurisdicción de los Tribunales venezolanos para conocer sobre dichos asuntos (Baumeister Toledo, 2005). Así como otras decisiones o *veredicta*²²⁴ de importancia

Por el contrario el citado voto salvado, se fundamenta en el reconocimiento que hace de la posibilidad de acudir y someterse a la vida arbitral, y con ello darle valor al laudo dictado en aquellos, pues se convierte así dicho tribunal alterno no en Juez natural para resolver las controversias y si bien la SPA declaró en su momento que la cláusula arbitral no excluía a la jurisdicción de tribunales venezolanos, tal declaración tampoco anulaba el auto dictado por el tribunal arbitral.

Del mismo modo se debe subrayar el principio *Kompetenz-Kompetenz*. La competencia del tribunal arbitral proviene del convenio, cláusula o pacto arbitral, que es un acuerdo privado celebrado entre las partes litigantes, es decir, sin la existencia del convenio arbitral simplemente no puede existir el arbitraje. El tribunal es el juez de su propia jurisdicción.

6.1.- Recursos en el proceso arbitral (contra el laudo arbitral)

El proceso arbitral es de única instancia y por esta razón no es posible interponer los recursos que se instauran contra las sentencias de los jueces. Este principio no está expresamente consagrado en la ley, salvo en materia laboral. Sin embargo, la doctrina ha llegado a esta conclusión con fundamento en estas razones expuestas por Benetti-Salgar (2008, citado por Monroy Cabra):

- a) Quienes acuden al arbitraje renuncian a hacer valer sus derechos ante los jueces del estado porque desea una solución rápida que no lo sería con la

²²⁴ En dichos interesantes fallos se hace alusión a otros varios pronunciamientos de nuestro TSJ en materia de arbitraje, tales como lo son la nulidad de arbitraje, al haber el fallo excedido su competencia derivada de la Cláusula arbitral (SPA 10 de octubre de 2002) ratificación de la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer en materia sometida a un arbitraje (SPA 25 de marzo de 2003, Sent. 476 y Sala Constitucional del 26 de agosto de 2003, sentencia 2346/2003) los cuales al haber sido desconocidos por los árbitros que conocían del asunto en el exterior vulneran los derechos del requirente del amparo.

utilización de los recursos ordinarios; b) si las partes se someten a arbitraje es porque tienen confianza en los árbitros; c) si bien todo proceso está sometido a doble instancia, esta regla tiene excepciones, los casos de proceso de mínima cuantía o proceso verbal sumario; d) El proceso arbitral es transitorio e independiente por lo cual no hay superior jerárquico ante quien interponer los recursos, y el proceso arbitral termina con la ejecutoria del laudo, o de la Providencia que lo adicione, corrija o complemente. Por esta razón el laudo arbitral adquiere ejecutoria y hace tránsito a cosa juzgada y desde cuando se dicta, y e) los recursos son taxativos y la ley solamente establece contra el laudo arbitral dos recursos de carácter extraordinario como son la anulación y la revisión que constituyen medios de control de legalidad sobre el procedimiento porque lo relativo al aspecto sustancial o de fondo carecen de recursos.

En algunas legislaciones²²⁵ se establecen contra el laudo arbitral dos recursos: de apelación o de casación, por la integración de un segundo tribunal arbitral que se encargue de tramitar una nueva instancia; siendo de esta manera muy variada y compleja la normativa interna.

6.1.1.- Acción de amparo constitucional

En la legislación venezolana, se expresa claramente que "*contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad*", al decir el primer precepto del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, lo cual excluye despejada y terminantemente la admisibilidad de cualquier otro recurso, en el sentido más amplio de la palabra, esto es, cualquier medio de impugnación que pretenda enervar los efectos actuales y potenciales (de ejecución) del laudo dictado. Esta disposición legal tiene razón mediata en el poder negocial de las partes, el cual se materializa en las normas procedimentales (también las recursivas) que las partes hayan elaborado (arbitraje independiente) o aceptado (Reglamentos arbitrales) o que actúan supletoriamente en defecto de determinación dicho poder negociar llega incluso a preterir el *orden*

²²⁵ En la *legislación peruana* el Decreto-Ley 25935 establece los recursos de apelación ante el poder judicial, o ante otra instancia arbitral en este caso de acuerdo al reglamento de las partes se hubieren sometido. En *Panamá* el laudo arbitral es susceptible de nulidad y de casación. Mientras, en *Argentina*, el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación dice que contra el laudo se deben tener los mismos recursos admisibles de la sentencia judicial (apelación, nulidad) siempre y cuando no se hubieran renunciado a tales recursos dentro de las cláusulas facultativas del compromiso. Para *Brasil* (en sus CPC, L. 5869, ene 11/73). Cabe la apelación contra la sentencia que decide homologar o no un laudo, y la nulidad por las causas establecidas en el artículo 1100 CPC. En *Costa Rica* (CPC, C de Co.) existen los recursos de apelación y el de nulidad. En *España* (Ley española de Arbitraje de 1988) contra el laudo procede el recurso de anulación por las causas establecidas en la ley (Art. 45).

público relativo, es decir, las leyes irrelajables puestas en beneficio del propio litigante y no propiamente de la colectividad (*uti civis*). Si no fuese así, la parte agraviada en un proceso no podría renunciar a los recursos legales si el motivo del agravio fuese la violación de una garantía constitucional del proceso. De allí que, si en ejercicio de su libertad los interesados han optado por dirimir la controversia mercantil (de contenido disponible, transigible) mediante el proceso arbitral, debe entenderse que se someten a las reglas sobre impugnaciones contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial, la primera de las cuales es el precepto limitativo antes transcrito (Matthies, 1998).

El artículo 5 de la Ley añade, en su acápite, que "*en virtud del acuerdo de arbitraje las partes (...) renuncian a hacer valer sus pretensiones*²²⁶ *ante los jueces*", lo cual significa, propiamente, que ellas autoexcluyen, no sólo la posibilidad de ventilar sus demandas comprometidas ante la jurisdicción judicial, sino también que la pretensión de ineficacia, nulidad, imposibilidad de cumplimiento y cualquier otra que pretendan descalificar el proceso arbitral escogido por ellas en el Acuerdo de Arbitraje, o que procure la nulidad o revisión del laudo en el mérito, es inexistente desde que se ha renunciado a ella implícitamente, por virtud de una presunción legal *iuris et de iure*.

El amparo constitucional durante la pendencia del proceso arbitral confronta una objeción adicional, cual es la reparabilidad del perjuicio que comporte la violación o amenaza de violación de la regla constitucional, así el laudo es favorable al presunto agraviado, producirá el efecto reflejo de restablecer la situación jurídica supuestamente infringida. De allí que la sola pendencia de un proceso arbitral reputado ilegítimo, cuya dinámica se orienta al laudo final no es razón de peso para activar la jurisdicción extraordinaria constitucional e *interdictar* el proceso privado.

El carácter *subsidiario* del *amparo constitucional* tiene una significación especial en el proceso arbitral. Si la interpretación de los tribunales estatales es laxa, en el sentido de admitir los amparos so pretexto dan una respuesta más rápida que el procedimiento de nulidad por ante la alzada, se llegará fácilmente a hacer ineficaces

²²⁶ La palabra "*pretensión*" utilizada por el precepto transcrito del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial debe tomarse en su sentido más amplio y no en el sentido técnico procesal. El amparo constitucional, sea que se le entienda como una acción o como un recurso, en todo caso porta una pretensión cuya *causa petendi* es la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. La renuncia de esa pretensión, presumida por la ley, surte plenos efectos contra el sedicente agraviado, comprometido en el arbitraje, a menos que la infracción constitucional interese francamente derechos inalienables inherentes a la persona o de carácter social.

por vía jurisprudencial (tanto si se hubieran anulado) las normas que determinan los requisitos de admisibilidad del recurso de nulidad del laudo.

De manera general -señala Linares-Benzo (1993)-, puede decirse que la necesidad de restablecimiento inmediato viene dada por la necesidad de protección del derecho constitucional en juego. Y se mide por tres parámetros. En primer lugar, será necesario proteger al derecho mediante el amparo cuando ningún otro medio establecido ofrece protección. En segundo lugar, será necesaria la inmediata eficacia del amparo cuando la menos acelerada protección de los demás medios sea incapaz de evitar daños irreparables al derecho constitucional objeto del debate y, en tercer lugar, las circunstancias excepcionales del asunto pueden hacer necesario el inmediato restablecimiento y, por tanto, el amparo". Criterio éste que sin duda fue tipificado sin resquemores jurídicos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales²²⁷ y que en el artículo 27²²⁸ constitucional se fortalece.

Se debe señalar, que Mezgravis (1998) ha hecho un detenido estudio de la incidencia del amparo constitucional en el proceso arbitral, y llega a la conclusión de que dicha acción extraordinaria es inadmisibile. La transigibilidad de la materia en litigio es el fundamento de la exclusividad del proceso arbitral y la exclusión, en principio de otros recursos.

En materia de Amparo Constitucional en Arbitraje Comercial internacional en Venezuela, se ha dicho mucho; al respecto quiero hacer mención irrestricta a una sentencia que es muy elocuente de este tema: EN SALA CONSTITUCIONAL, Exp. N° 12-0136, MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN, de fecha

²²⁷ Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

²²⁸ Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser *amparada* por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la *acción de amparo constitucional* será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La *acción de amparo* a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

27 días del mes de junio de dos mil doce: Sólo se hará referencia breve a algunos extractos de la misma, ya que se tendrá entre los ANEXOS de este Trabajo, por considerarse de gran valor jurídico en esta investigación²²⁹:

El 16 de enero de 2012 fue recibido en la Secretaría de esta Sala Constitucional, mediante oficio N° 2011-478 del 14 de diciembre de 2011, el expediente N° A-11-1363 cursante en el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, contentivo de la acción de amparo constitucional intentada el 17 de noviembre de 2011 por los abogados Henry Torrealba Ledesma, Gabriel de Jesús Goncalves y Johanán Ruiz Silva, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 11.568, 71.182 y 112.077, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, S.C.A., inscrita en el Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda el 11 de mayo de 2001, bajo el N° 3, Tomo 541-A, contra la decisión dictada por los árbitros José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas el 17 de mayo de 2011, en el marco del procedimiento arbitral existente entre la mencionada sociedad de comercio y la sociedad mercantil Representaciones Soliempack, C.A.

I

FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE AMPARO

Los apoderados judiciales de la accionante alegan como fundamentos de la acción de amparo ejercida, los siguientes argumentos:

Que interponen acción de amparo constitucional en "(...) contra de la decisión dictada el 17 de mayo de 2011 por los Árbitros (sic) José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas en el marco del procedimiento arbitral existente entre nuestra representada P&G [Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A., en lo sucesivo denominada P&G] y la demandante REPRESENTACIONES SOLIEMPACK, C.A. (...), derivada del contrato de empaquetado de productos (conocido como 'maquilado') que ambas partes suscribieron el 10 de agosto de 1998, decisión en la cual los mencionados Árbitros (sic) declararon la improcedencia de las recusaciones que ambas partes formularon contra el Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio (...)" (Corchetes añadidos).

II

DE LA SENTENCIA APELADA

El 7 de diciembre de 2011, el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró inadmisibile la acción de amparo propuesta, sobre la base de las siguientes consideraciones:

(*Omissis*)

En atención a todo lo que ha sido expuesto y conforme al criterio jurisprudencial transcrito *supra*, por cuanto la parte accionante en amparo no alegó ni probó que se vio imposibilitada de ejercer los recursos ordinarios previstos, considera quien aquí se pronuncia que la vía idónea -en éste momento dado que ya se produjo la decisión definitiva del laudo en fecha 10/10/2011- para atacar la decisión que señalan como lesiva que presuntamente violentó su derecho al debido proceso y la garantía de ser juzgado por el Juez natural contenidas en los artículos 26, 49 y 49.4 del texto constitucional, es el propio recurso de nulidad previsto en los artículos 626 y 627 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que fue a dichas normas procesales a las que las partes se comprometieron a someterse en caso de controversia -según lo señalado por los accionantes-, por lo que a criterio de quien aquí se pronuncia la presente acción de amparo se encuentra incurso en la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Y así se decide.

Finalmente con relación a la medida cautelar solicitada por la parte accionante, se hace inoficioso cualquier pronunciamiento sobre la misma dada la inadmisibilidad delatada por este Tribunal en la presente acción de amparo constitucional. Y así se decide".

III

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

²²⁹ Para ver la totalidad de la Sentencia, revisar Anexos en pp. 286 a 297.

Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2012, el abogado Johanán Ruíz Silva, en su carácter de apoderado judicial de la accionante, adujo como fundamentos del recurso de apelación interpuesto, los siguientes alegatos:

Que “[e]n virtud de las razones antes mencionadas solicita[n] [se declarar] que el amparo intentado por P&G contra la decisión interlocutoria del 17 de mayo de 2011 que desechó las recusaciones formuladas por ambas partes contra el Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio, en franca violación al procedimiento legal establecido para tal fin y en desconocimiento al derecho al debido proceso y a ser juzgado por su juez natural de P&G, es admisible y, por tanto, declare Con Lugar la presenta (sic) apelación y ordene al Juzgado Superior Sexto que sustancie el procedimiento de amparo conforme a la ley”.

A juicio de la Sala, la recusación o la inhibición de los miembros del tribunal arbitral debe ser previa al acto de juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de que la causa sometida a arbitraje sea resuelta por quienes carecen de competencia subjetiva para ello, lo que evidentemente contraviene la garantía del juez natural para asegurar transparencia, independencia e idoneidad con la que debe actuar el órgano decisor. En tal sentido, ante la inminencia de amenaza de violación a la garantía de ser juzgado por un árbitro idóneo, independiente e imparcial, resulta innecesario que el recusante espere la publicación del laudo para interponer la acción de amparo constitucional, de tal manera que no se puede vincular el cuestionamiento de la sentencia que resolvió la recusación al laudo arbitral propiamente dicho; para con base en ello derivar la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues, tal y como se refirió, entre los supuestos de nulidad del laudo no figura la recusación, de tal suerte que contra la decisión proferida el 17 de mayo de 2011 no existe recurso alguno, lo cual hace idóneo el ejercicio de la vía de amparo.

Por las razones expuestas, se declara con lugar la apelación interpuesta y, en consecuencia, se revoca la decisión apelada y se repone la causa al estado de que el a quo constitucional se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, con sujeción a lo expuesto en la presente decisión y, en consecuencia, tramite el presente amparo. Así se decide.

VI

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: CON LUGAR la apelación ejercida por el abogado ... apoderado judicial de ... Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A., contra la ... que declaró inadmisibile la acción de amparo constitucional intentada.

SEGUNDO: SE REVOCA la referida decisión mediante la cual se declaró inadmisibile la acción de amparo constitucional ejercida.

TERCERO: REPONE la causa al estado de que el Juzgado.... se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, con sujeción a lo expuesto en la presente decisión, y en consecuencia, tramite el presente amparo.

7.- Justicia arbitral y mecanismos alternativos

El arbitraje, verdadera alternativa a la justicia pública, ha suscitado a veces reservas a causa de diversos problemas de funcionamiento que lo afectan: la desviación procesal, la tutela judicial, el continuo aumento de los costos, el formalismo y el alargamiento de los plazos, contraria incontestablemente la esperanzas de sus usuarios.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los *medios alternativos de resolución de conflictos*, exhortando el constituyente a su promoción a través de la legislación nacional, Estadal y Local como política de Estado para procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos como política de Estado.

De esa forma los constituyentistas en la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) señalaron:

“(…) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (…).

Con la exposición de motivos la Constitución ratificó la voluntad de incorporar nuevos mecanismos diferentes a los tribunales de ley como medio de fomento de actividades que busquen la justicia en sentido amplio a través de la sociedad civil organizada o no.

En el cuerpo del articulado constitucional, los artículos 253 y 258 de la Constitución Nacional establecen la base constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos en Venezuela de la siguiente forma:

“(…) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, *los medios alternativos de justicia*, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.(…) Artículo 258. (...) La ley promoverá el *arbitraje*, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (…)

Por ello, asistimos hoy en día, en virtud de una ley de la sustitución tan frecuentemente verificada en la vida de instituciones jurídicas, al desarrollo de mecanismos alternativos al propio arbitraje. Conocíamos de tiempo atrás hipótesis en

las que se acude a un tercero, por fuera de todo proceso, para determinar o completar las modalidades de un contrato²³⁰.

Por otra parte, a lo largo de los últimos 10 años, las partes se han acostumbrado a condicionar, en un plano puramente contractual, las soluciones a los desacuerdos susceptibles de surgir en sus relaciones: la renegociación, la adaptación en el marco de las cláusulas de adaptación ("*clause de suerte*") o de fuerza mayor, el protocolo interpretativo y el acto de orientación constituyen medios para superar una situación de bloqueo que puede convertirse en un conflicto. Pero es principalmente en el continente de América del Norte y en el Reino Unido que se han desarrollado, en los últimos años, cierto número de mecanismo de solución de los conflictos, designados mediante la expresión genérica "*Alternative Dispute Resolution*" (ADR). Creado como un remedio a la complejidad y el costo exorbitante de los procesos en el mundo anglo-sajón, el ADR reviste numerosas formas, pero nos limitaremos -en honor a la brevedad- a describir las principales.

a.- La búsqueda de mecanismos alternativos de solución de los conflictos se orientó naturalmente, en un primer tiempo, hacia la mediación y la conciliación, que constituyen aparentemente subversiones atenuadas. Las dos nociones, aunque vecinas, no son sinónimos, a pesar de que en la práctica no se las distinguen siempre de forma clara.

b.- Una de las manifestaciones del ADR que ha suscitado una gran curiosidad, ha sido vulgarizada (¿mediatizada?) bajo la apelación de mini proceso (*mini-trial*). La denominación es engañosa pues, en realidad, no corresponde a un proceso abreviado sino mecanismo amigable, de tipo no-jurisdiccional, de solución de los conflictos. El *mini-trial* designa una modalidad particular de conciliación que simula el proceso judicial: reposa esencialmente sobre la idea de dejar en manos de las partes

²³⁰ En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de sentencia número 1541 de fecha 17/10/2008. Exp. 08-0763 interpretó el principio constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos contemplados en los artículos 253 y 258 antes citados estableciendo afirmaciones como la siguiente: "*la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado*". Con ello, se abre la oferta de justicia a nuevos actores como las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general; incluyendo a los abogados como párate del sistema de justicia.

Asimismo, la Sala Constitucional también ha señalado en sentencia N° 198/08 que: "(...) *la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria*". Sin embargo, la Sala Constitucional deja claro que El Estado se reserva el derecho de aplicar la ley cuando establece que "solo el Estado puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias". en otras palabras, a pesar de que la justicia ya no es un monopolio Estatal, el uso de la fuerza para la ejecución de las sentencias que se emanen de los medios alternativos o de los medios ordinarios de impartir justicia en Venezuela; sigue siendo potestad exclusiva del Estado.

la solución del conflicto, después de haber sido debidamente ilustradas sobre la situación en cuestión.

A diferencia de la instancia arbitral, el mini-trial es un proceso ficticio: el debate es intenso, pero circunscrito dentro de límites estrictos y el desvanecimiento de su carácter jurisdiccional hace que el conflicto se transforme en un simple problema de política comercial.

¿Qué debemos entonces pensar de estos mecanismos alternativos de solución de conflicto?. ¿Presagian el futuro y están llamados a ser la regla general en materia económica?. ¿Anuncian el irreversible declive de la institución de la justicia y su reemplazo por procedimientos exclusivamente privados de naturaleza contractual?²³¹.

Dar respuesta a estas interrogantes, nos coloca en un terreno poco abonado en nuestro país, y que requiere de mayor concientización de la actitud adversarial o no frente a los litigios, como lo manifiesta García-Leal (2008)

“El problema es que el litigio es la forma menos efectiva para lograr la comunicación y la interacción capaz de acercar a las partes a una solución cooperativa. Esto porque al litigar los intereses de las partes (el conjunto de sus expectativas) padecen tres transformaciones: en primer lugar, sus intereses y expectativas se estandarizan en base a reglas; en segundo lugar, se interpone entre los actores un representante (abogado) que guarda con los primeros asimetrías informativas y objetivos divergentes; en tercer lugar, el conflicto así presentado se resuelve echando mano a razones previas y adjudicando el litigio a uno y negándoselo al otro. Esto en supondría en el caso de un conflicto entre sujetos dotados de racionalidad estratégica un caso de juego de suma nula o de suma cero, donde las ganancias de uno de los partícipes equivalen necesariamente a las pérdidas del otro. Esto es contrario a lo que ocurre, en

²³¹ En definitiva, el auge contemporáneo de los métodos alternativos tiene por origen causas de diferente valor:

-En primer lugar, razones negativas: evitar procedimientos judiciales pesados, largos y costosos. Esta preocupación, cada vez mayor para las empresas, explica que sea en Norteamérica, sin duda, la más afectada por esta falla de la justicia, que estos sustitutos hayan sido también recibidos por los usuarios del derecho y de la justicia;

-En segundo lugar, razones propias al mundo de los negocios: la oficialización de los conflictos debido a la publicidad de los procesos no es buena para los negocios y, por consiguiente, siempre resulta mejor evitarla, se gana tiempo, es decir dinero, y se preservan las relaciones de negocios;

-Por último, razones fundadas en la mentalidad de la época en la que vivimos: la duda impera en nuestra época, no hay más lugar para las certidumbres sino para la búsqueda de soluciones consensuales en las que nadie tenga enteramente la razón pero nadie esté totalmente equivocado; el derecho estricto y preestablecido desaparece detrás de un *soft law* y de un derecho negociado; el juez se transforma en un experto, consejero o psicólogo; el papel tutelar del Estado no es aceptado por los ciudadanos, la iniciativa privada ha sido revaluada y lo individual prima sobre lo institucional; el derecho es instrumentalizado a favor de finalidades puramente económicas. Es sin duda esta nueva sensibilidad social lo que da cuenta, de forma más o menos confusa del desarrollo de los mecanismos privado de solución de conflictos (Uzal, 1998).

mecanismos “no adversariales” o de suma no nula, donde se procuran soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes” (42-43).

Debemos observar, en primer lugar, que estos procedimientos no constituyen una panacea, eficaz en todo lugar y en todas las circunstancias, pues están encerrados dentro de ciertos límites: El éxito de los ADR supone, en un principio, la voluntad de las partes de finiquitar el conflicto: esta condición sólo es satisfecha si las partes, por su nacionalidad y cultura, pertenecen al mismo entorno; -existen conflictos que no se prestan a una solución transaccional-.

Se considera importante mencionar una Sentencia del TSJ, de gran interés de fecha treinta (30) días del mes de julio de dos mil trece, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Exp. 2013-000116, Ponencia de la Magistrada: YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA, en el juicio por nulidad de laudo arbitral, incoado ante el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por la sociedad mercantil PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, S.C.A.; contra la empresa REPRESENTACIONES SOLIEMPACK, C.A., en la que se expresa con gran pedagogía lo siguiente:

Para decidir, la Sala observa:

La juez a quien correspondió conocer sobre la nulidad del laudo arbitral, consideró que el procedimiento arbitral debía ser nuevamente tramitado, en razón que -a su juicio- las partes violentaron normas atributivas de competencia, al establecer en su cláusula compromisoria que las controversias surgidas entre ellas debían ser tramitadas conforme a las reglas dispuestas en el Código de Procedimiento Civil, y no a las de la Ley de Arbitraje Comercial, ley vigente para el momento de la suscripción del contrato y de la cláusula compromisoria, cuyo ámbito de aplicación incluía a los asuntos de naturaleza comercial, mas no civil, y que solamente en caso de dirimirse cuestiones de naturaleza civil era que podía someterse al trámite de las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, estima la Sala pertinente hacer algunas breves consideraciones en relación con el arbitraje:

En primer término, debe señalarse, que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos, el cual está cimentado sobre la base de una disposición de orden constitucional, contenida en el artículo 258 de la vigente Constitución, lo cual vino a ser una innovación, puesto que por vez primera se reconoce rango constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos, a saber el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de controversias, así como su inclusión dentro del sistema de justicia -art. 263 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, con lo cual el legislador ha ido acatando, a través de diversos textos legales donde son promovidos y desarrollados.

Incluso, existe un texto pre constitucional, sancionado como Ley de Arbitraje Comercial cuya vigencia data del año 1998, la cual fue inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Es importante destacar que el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, está cimentado sobre las bases del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual es condición fundamental para la validez del acuerdo compromisorio, donde, necesariamente, los participantes de forma libre y de común acuerdo, pactan en someter sus diferencias, previa

manifestación expresa y por escrito, al conocimiento de árbitros, sustrayéndose así de la justicia estatal o jurisdicción ordinaria.

Está claro, que las normas constitucionales -artículos 258 y 263- no solamente están dirigidas al legislador, sino directamente al operador de justicia quien en todo momento debe procurar y promover la utilización de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, adoptando las medidas judiciales adecuadas para hacer efectiva su aplicación.

La Sala Constitucional de este Alto Tribunal, sobre el reconocimiento del arbitraje como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, señaló, en sentencia N° 1541, publicada en fecha 17 de octubre de 2008, caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros, lo siguiente:

“...Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

“(...) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

(...) Artículo 258. (...) La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)” (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que “(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje...” -Vid. sentencia de esta Sala N° 198/08-.

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no solo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, “(...) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)” -Vid. sentencia de esta Sala N° 1.139/00-.

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de

los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos. (Negrillas de la Sala).

A esa óptica de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse una precisión hermenéutica vinculante por parte de esta Sala, según la cual si bien doctrinalmente los mencionados medios alternativos son usualmente divididos en aquellos de naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje o las cortes o comités internacionales con competencia en determinadas materias -vgr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- y de las de naturaleza no jurisdiccional o diplomática como la negociación, mediación o conciliación, en las cuales las partes retienen el control de la controversia, pudiendo en todo caso aceptar o negar las proposiciones de acuerdo de las partes o de un tercero -Vid. MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3° Ed., 1998-, desde el enfoque de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es posible jerarquizar un medio de resolución de conflictos sobre otro, siendo ellos en su totalidad manifestación del sistema de justicia.

Por ello, cuando la Sala afirmó que “(...) los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)” y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje* (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, no puede interpretarse como una jerarquización por vía jurisprudencial a favor del arbitraje y en detrimento de los otros medios alternos de resolución de conflictos, sino que en el caso de proceder el arbitraje u otro medio, debe favorecerse la implementación del mismo para la resolución del conflicto. (Negrillas de la Sala).

(...*Omissis*...)

A la par del desarrollo y promoción legislativa patria, también esta Sala Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro con los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar los asertos y tópicos tratados en las siguientes decisiones, según las cuales:

Los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -vgr. Laudo arbitral- y, por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.

También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje* (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). (Negrillas de la Sala).

Además, la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en

esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros -Vid. Sentencia N° 572/05-.

Igualmente, se ha reconocido la posibilidad que el Estado u otra entidad pública estatal de derecho público o privado, pueda someterse a un procedimiento arbitral nacional o internacional -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, lo que implica (como será desarrollado infra), una manifestación indudable de un ejercicio de soberanía.

Incluso, se ha reconocido la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (ex artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “torpedear” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.

Conjuntamente con las decisiones antes reseñadas, el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la importancia y necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional. En ese sentido, recientemente los Presidentes y Representantes de los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela -así como Panamá en su condición de invitado-, reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre -Declaración de Nueva Esparta-, su consenso en relación a los: “(...) MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (...). PROPONEMOS a los Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, que se considere en el temario de sus reuniones: (...). b) la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (...)”.

De ello resulta pues, que no sólo desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, sino que el Estado se ha insertado activamente en los procesos internacionales que han consentido la materialización de un sistema de justicia arbitral efectivo para resolver los conflictos que le son planteados y, precisamente, a tal proceso, no ha escapado el Poder Judicial venezolano y, más específicamente, esta Sala Constitucional...”.

La Sala Constitucional de este Alto Tribunal, no solamente ha reconocido el carácter constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos, en especial del arbitraje, sino que ha dejado

claro, que a través de estos medios se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, siendo, en consecuencia parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia. Ha dejado claro igualmente la Sala, que el mandato contenido en el artículo 258 de la ley fundamental no se agota o tiene como único destinatario al legislador, sino que va dirigida de forma directa al operador de justicia (Poder Judicial), quienes de igual forma están en la obligación de procurar y promover estos medios alternos de solución de controversias adoptando las medidas pertinentes en el ámbito de su competencia a fin de materializarlos y hacerlos efectivos.

Los medios alternativos de solución de conflictos son una expresión de la tutela judicial efectiva, de manera que si en un caso concreto surge el arbitraje como el mecanismo más eficaz para tutelar una situación jurídica, y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia para su aplicación, el criterio debe ser la tendencia a una interpretación de la norma legal más favorable conforme al principio *pro actione*, que "...si se traduce en el ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta el principio pro arbitraje...".

8.- Los Abogados del Siglo XXI (2da década) *face to face* al arbitraje

Es de advertir que, aunque ninguna Ley de Arbitraje establece la obligatoriedad de la asistencia jurídica a las partes, la experiencia nos dice que raro es el procedimiento arbitral en que las partes no comparecen dirigidas por su Abogado o Abogados de confianza²³². La mayoría de las leyes de arbitraje otorgan unas muy amplias facultades de disposición a las partes sobre el procedimiento, pero no es menos cierto que en cada uno de esos pasos o decisiones las partes estarán asesoradas por sus abogados, quienes les indicarán lo que sea más adecuado para sus intereses. En definitiva, el conocimiento y, sobre todo, la experiencia del abogado en la resolución de conflictos hacen que su presencia sea necesaria, y desde luego imprescindible si el arbitraje es de Derecho. El árbitro agradecerá a buen seguro la ayuda, la comprensión y la buena predisposición de los abogados de las partes para llevar a buen término la tarea que se le ha encomendado.

²³² Tal como lo refiere la *Ley de Abogados venezolana* (doce días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y seis) en sus **Artículo 4**. Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la Ley o en virtud de contrato, deberá nombrar abogado, para que lo represente o asista en todo el proceso. Si la parte se negare a designar abogado, esta designación la hará el Juez. En este caso la contestación de la demanda se diferirá por cinco audiencias. La falta de nombramiento a que se refiere este artículo será motivo de reposición de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al Juez de conformidad con la Ley, y **Artículo 11**. A los efectos de la presente Ley se entiende por actividad profesional del abogado el desempeño de una función propia de la abogacía o de una labor atribuida en razón de una Ley especial a un egresado universitario en Derecho, o aquellas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos. Se entienden por ejercicio profesional la realización habitual de labores o la prestación de servicios a título oneroso o gratuito, propios de la abogacía, sin que medie nombramiento o designación oficial alguna.

La mayoría de los abogados que hoy están en actividad han sido formados bajo la concepción antigua, conforme la cual un buen abogado es el que mejor conoce el Derecho positivo de fondo y la forma de lograr la aplicación de esas normas a través del procedimiento judicial. Ello trae como consecuencia que muchos colegas todavía ignoren los principios básicos del arbitraje y muestren resistencia a su utilización. En realidad, si bien no debemos cejar en el intento de acelerar el cambio, debemos admitir que la renuencia es lógica. Quienes no conocen el arbitraje ni lo han experimentado²³³ no puede sentirse seguros llevando a su cliente a un sistema diferente. El temor a lo desconocido y la inercia a continuar con la rutina aprendida hacen que prefieran insistir en su intento de solucionar los conflictos de sus clientes a través de litigio judicial.

Como bien señala Cueto Rúa (1991), el abogado tradicional -aquel que ha recibido una formación universitaria enciclopedista y pleitista-

“...debió, además, invertir tiempo y esfuerzo en la práctica tribunalicia y en aprender las reglas propias del arte de litigar. El adiestramiento seguramente no ha sido fácil; es probable que le haya demandado bastantes años de trajín y empeño. Ha debido caminar por los edificios, familiarizarse con rutinas y rigorismos cambiantes en cada juzgado. Al cabo de un cierto tiempo, habrá aprendido a conocer las modalidades propias de cada fuero, el modo de tratar con el personal de mesa de entradas, y la fórmula para lograr en cada caso hacer avanzar el expediente hasta la sentencia definitiva. Una vez conocidos los innumerables vericuetos del procedimiento judicial, se habrá sentido completamente formado y preparado para el ejercicio profesional” (32).

Después de todo esto, resulta natural que no tenga demasiado interés en cambiar. Ese cambio el implicaría perder todo el bagaje de experiencia que había acumulado con tanto esfuerzo, con toda la carga de incertidumbre propia de introducirse en un mundo que le era desconocido. A ello debemos sumar que el espíritu generalmente conservador de los abogados egresados de nuestras Facultades de Ciencias

²³³ Ante esa primera experiencia, se encuentran un poco incómodos: El escenario no es el mismo, como no lo son las reglas de juego. Para empezar se encuentra con una o varias personas encargadas de resolver el litigio que no mantienen una posición rígida y distante, sino próxima y afable, con quienes va a poder hablar sin sometimiento a ninguna regla especial, que probablemente les va a tutear y que, para su sorpresa, incluso le va a proponer un acuerdo sobre cómo llevar a efecto el procedimiento; le van a consultar sobre la conveniencia de unas determinadas fechas para la celebración de audiencias, le van a permitir una gran flexibilidad en los interrogatorios de las partes, testigos y peritos; y cuando tengan que rechazar alguna prueba, pregunta o alegación lo va a hacer con la máxima corrección, explicándole porqué, a su juicio, no procede. Y esto no es una crítica a los Jueces ni al procedimiento judicial, cuyo a veces estricto formalismo está motivado por la necesidad de garantizar los derechos de defensa y por la solemnidad propia de la administración de Justicia; simplemente es que, al tratarse de un sistema de heterocomposición, la flexibilidad se erige en norma consustancial a la institución.

Jurídicas y Políticas trae consigo una resistencia natural a pasar de un sistema conocido y ejercitado, a otro del que tienen una vaga referencia teórica.

Contribuye también a este estado de cosas en la convicción general -basada solamente en prejuicios- de que la sentencia emanada de un tribunal judicial tiene efectos más sólidos que un laudo arbitral y todos saben que una sentencia firme puede ser ejecutada por un procedimiento coercitivo, que permite al acreedor solicitar embargos o actos de protección de los derechos que ella le reconoce; que a partir de ella puede lograr en un tiempo medianamente razonable la satisfacción de su derecho. La sentencia es así un título que goza de reconocimiento entre los abogados, jueces, funcionarios, litigantes y público en general. Nadie ignora su significado y alcance. Por el contrario, muy pocos conocen la efectividad de los *laudos arbitrales*. Existe -en el mejor de los casos- una noción más o menos difusa de que los laudos pueden ejecutarse. Pero aún así, la creencia generalizada es que se trata de un título "*ejecutivo*". Se debe saber -con toda certeza jurídica- que un laudo firme emanado de un tribunal arbitral es título ejecutorio, tiene un *status* jurídico idéntico que el de una sentencia judicial, y por ende lleva consigo la misma fuerza que está.

Así las cosas, el abogado en un proceso arbitral debe ser, pues, un aliado del árbitro en lo que a la llevanza del procedimiento se refiere. El árbitro no es el enemigo, sino alguien en quien las partes han depositado su confianza para resolver el litigio que les enfrenta, del mismo modo que han depositado su confianza en su abogado para que les defienda. Los abogados somos los primeros interesados en la consecución de ese bien supremo, que precede a cualquier otro, y al que llamamos Justicia. Porque el abogado²³⁴ no busca el choque ni la confrontación; las controversias no nacen de su actividad profesional: Le vienen ya dadas.

²³⁴ Al respecto Fernández, (2011) nos reitera que el abogado del siglo XXI debe concentrarse más en el cliente, en la persona. Debemos hacer que la gente consulte a un abogado con la tranquilidad con la que va a un médico, no solo para curar "enfermedades", sino principalmente para prevenirlas. Debemos tomar conciencia que los clientes son personas que llegan con temores, miedos angustias, y es nuestro deber escucharlos, entenderlos, tranquilizarlos y por último aconsejarlos. Debemos ser cautos en prometer resultados difíciles de conseguir, aún a riesgo de perder clientes. Debemos predicar la honestidad como un valor fundamental de la abogacía. (...) Debemos *aprender y propiciar la difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos* como la mediación, la negociación y *el arbitraje*, para lograr soluciones concertadas antes que el enfrentamiento, enseñarle y sugerirle al cliente que hay otras formas de resolver los conflictos distintas del litigio, y aquí los nuevos abogados tienen un rol preponderante que jugar.

9.- Fe y confianza en el Arbitraje

Tal como se ha dicho, en nuestra opinión el avance del arbitraje en Venezuela obedece más a razones de necesidad que al convencimiento, lo cual no es bueno para un sistema cuya base es la voluntariedad y la confianza. Se está empezando a trabajar en arbitraje sin tener una sólida base doctrinaria -a pesar de algunos esfuerzos aislados-, sin haber difundido convenientemente en la sociedad su verdadero sentido, sin que exista todavía entre los abogados el cambio de mentalidad que se requiere para litigar ante instancias arbitrales, y sin contar con una legislación apropiada para el desarrollo que se espera tenga en los tiempos venideros.

Todo ello configura un cuadro en el cual se corre el riesgo de trasladar a los juicios arbitrales gran parte de los vicios que han llevado al sistema judicial a su crítica situación actual. Y esos vicios, en el arbitraje, generan consecuencias más gravosas. Si el exceso de formalismo, la exagerada tolerancia de incidencias y la agigantada concepción del orden público se entronizan en la práctica del arbitraje, el efecto será de mucha mayor gravedad, producto de la falta de *imperium* de los árbitros y de su origen privado. Al hallarse éstos desprovistos de la potestad y de la investidura del Estado, cualquiera de esas situaciones podría traer aparejada una revisión judicial que aún cuando convalidara *a posteriori* la decisión de los árbitros, habrá privado al arbitraje de sus principales ventajas.

La responsabilidad de evitar que ello suceda cabe a todos por igual. A las partes litigantes, quienes deberán asumir las consecuencias de la libre elección de un sistema privado de resolución de conflictos; a los árbitros, que no deberán permitir que el proceso arbitral se desnaturalice; a los abogados, que deberán comprender las diferencias sustanciales que existen entre el juicio arbitral y el judicial, adaptando su forma de litigar a los principios del arbitraje; y a los jueces, que deberán ceñirse a los límites de sus facultades evitando caer en un exagerado intervencionismo. Como ha exhortado el maestro Morello (2013),

“...es de esperar que no aflore en la práctica del arbitraje el espíritu latino que lleva a un abuso de los pliegues y repliegues de procedimiento; que no se "incidente" la existencia y validez del acuerdo arbitral, la obligatoriedad en el

otorgamiento del compromiso, o la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas a los árbitros; que no se haga mal uso de la proposición de excepciones previas o de recursos judiciales paralelos que deforman el marco de comprensión que supone la relación del arbitraje con el Poder Judicial. También para manejar el procedimiento arbitral hay que tener, en justiciables y abogados -agregamos, también en árbitros y jueces- una predisposición activa a que su resultado sea beneficioso (64).

Es razonable que la mirada al arbitraje debe modificarse, es el escenario, es el camino y es la ruta más expedita en la solución de las controversias; de allí que, ante la ausencia de la buena voluntad de cumplir con las decisiones de un árbitro o tribunal arbitral, el éxito del arbitraje internacional depende de la correcta aplicación de las normas por parte del poder judicial local, especialmente en relación al reconocimiento del árbitro o tribunal arbitral, la ejecución de medidas cautelares, la recolección y evacuación de pruebas y el reconocimiento de las decisiones de aquellos, así lo ratifica el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (DDI-OEA). La posibilidad y celeridad con que podría ejecutoriarse una sentencia o una decisión arbitral son aspectos que forman parte del análisis de riesgo que realizan los inversionistas antes de decidir dónde y en qué medida invertir.

CONCLUSIONES

Originariamente, los derechos se defendían por el propio interesado; es decir, que la autodefensa es la primera forma de tutela jurídica posible, cuando el estado aún no está suficientemente organizado para realizar la justicia, y al predominar sobre él grupos como la gens y la familia, dotados de jurisdicción para dirimir las cuestiones sobre sus miembros. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones. Por ello el fin del derecho es regular conductas, sin embargo estos comportamientos como van cambiando con el paso del tiempo, el Derecho también se va modificando. Por ello, Zagrebelsky (1995) se refiere al derecho como “*mite*”²³⁵, es decir, un derecho que es manso, dócil y flexible, que debe adaptarse al devenir de las situaciones; asimismo Radbruch (1999) sustenta que el Derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor²³⁶, y Cossio (2002) nos enseña el Derecho como conducta humana²³⁷, en el cual las desavenencias deben ser dirimidas por las partes involucradas con la ayuda y cooperación de un tercero con autoridad para ello.

Una vez que el Estado controla la función judicial mediante el establecimiento de *normas procesales* que determinan las formas de resolver las contiendas entre los hombres, debemos distinguir diversos períodos perfectamente marcados. El Derecho procesal en Roma atraviesa por tres fases históricas, que son las siguientes:

²³⁵ La traducción que Marina Gascón hace de “*mite*” (*Il diritto mite*), la traduce como dúctil, en virtud que esta palabra en la lengua castellana se utiliza en sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que parece que se ajusta bien al significado que el autor ha querido transmitir con el término “*mite*”.

²³⁶ El concepto del Derecho –mantiene Radbruch- sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho. El derecho puede ser injusto (*summum ius – summa iniuria*), pero es derecho en tanto su sentido es ser justo.

²³⁷ Cossio aceptaba el derecho positivo, pero no aceptaba el normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica. Cossio se distinguió por demostrar que el derecho debía ser comprendido e interpretado mediante una teoría del conocimiento, respecto de la *conducta humana en interferencia intersubjetiva*. Ya no se trataba de sujetos jurídicos ideales (normativismo mecanicista) sino de personas, de seres humanos reales: el derecho como conducta humana

La primera época, que corresponde a la antigüedad, y que tiene todas las características del Derecho primitivo, este régimen procesal se llamó de las acciones de la ley (*Legis actiones*). El período siguiente es el del llamado procedimiento formulario (*per formulas*). Al nacer este nuevo procedimiento no desaparece completamente el primero, pero realmente al procedimiento formulario se deben las grandes reformas que se realizan durante la época clásica del Derecho romano. Y por último, a estos dos sistemas procesales que llenaron respectivamente sus funciones mientras estuvieron en vigor, siguió el llamado procedimiento extraordinario (*extraordinem o cognitio extraordinaria*). Terminando con él la evolución histórica del procedimiento civil romano.

Los dos primeros sistemas procesales referidos, es decir, el de las *legis actiones* y el *per formulas*, se caracterizan por una nota muy saliente que los distinguen radicalmente del procedimiento civil actual. En el Derecho procesal moderno se inicia un proceso y se termina ante el mismo juez o tribunal que lo conoce. Pero en el *iudicium legitimum* romano se distinguen perfectamente dos fases²³⁸.

Primero las partes comparecen ante el magistrado, *in iure*, que las oye, organizando el proceso hasta que se designa el juez o los jueces que deben dictar la sentencia. Este magistrado actuaba en nombre del Estado hasta el momento procesal de la *litis contestatio*.

La segunda fase o etapa se desarrollaba ante el juez, o ante varios de ellos, que eran los que en definitiva ateniéndose a los hechos alegados, y a la pauta trazada por el magistrado dirimían la contienda. Estos no eran realmente órganos del Estado, sino particulares a quienes se invitaba a dictar la sentencia después de practicar las pruebas pertinentes. Esta segunda Etapa se llama *apud iudicem*, mejor que *in iudicio*, como se llama corrientemente, manifestándose de manera incipiente el arbitraje. En el procedimiento extraordinario ya no existe esta bipartición del proceso civil romano, pues el juicio desde su inicio hasta la sentencia lo conoce el magistrado. Esta es la característica del procedimiento extraordinario, y el resultado a la vez del desenvolvimiento del sistema procesal romano (Camus, 1943, 164).

²³⁸ Esta división de la instancia la ha tratado de explicar de diferentes formas sin que se puedan aducir razones de peso para resolver esta cuestión tan debatida, sin embargo, se puede admitir que ella representa claramente el espíritu democrático romano que dejaba la resolución de los pleitos en manos de los ciudadanos, manteniéndose alejados del poder estatal que, como observamos, solo intervenía para encauzar la contienda.

Cuando nos embarcamos en este apasionante desafío de elaborar en tan cortas líneas un origen del arbitraje en el *iudicium legitimum* romano nos percatamos, *prima facie* que las dificultades con que tropezaba el justiciable en el Derecho procesal romano para acceder al sistema jurisdiccional clásico era realmente lesivo, inaccesible, aún más a los peregrinos. Como reacción natural, ello motivó a diversos sectores para procurar la mayor utilización del arbitraje o de formas autocompositivas. La transformación cultura sufrida por la Roma imperial hizo ver que, siempre que sea posible, resultaba más eficaz en términos de pacificación social que las partes solucionaran sus problemas mediante acuerdos, al menos así nos lo deja ver Justiniano en el *Digestum*. De esta manera, en el Derecho romano, en el arbitraje existía un tercero imparcial que emitía un *veredictum* (laudo) vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas. Era un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura era básicamente la de un *litigium*. El rol del *arbiter* era similar a la del *iudex*: las partes le presentaban el caso, probaban los hechos y sobre esa base decidía la controversia.

En esta investigación se consolida la idea que la *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem* se aplicaba al arbitraje, hipótesis no distante de la verdad y que, constituye la razón de ser de esta exploración científica, debido a que consideramos que el origen del arbitraje comercial internacional se encuentra justamente en esta acción de petición de un juez o de un árbitro. Asimismo, se hace una referencia primaria al procedimiento denominado en la Roma clásica *iudicium legitimum* que se desarrolla en sus dos fases, la *in iure* ante el magistrado y la *apud iudicem* frente al juez o *arbiter*, que da lugar a la solución *extra iudicium* de los conflictos *inter partes*. Por ello, sin duda, se deja ver *prima facie*, que este Capítulo II, aporta al estudio del *Iudicium Legitimum* romano elementos innovadores y son el preámbulo para determinar que es en la *apud iudicem* donde se hallará el origen del arbitraje, en general, y del arbitraje comercial internacional, en particular, que es el epicentro de esta investigación.

Es un gran recorrido por este gran Instituto, el *Arbitraje* que, sin perplejidad alguna, como se dice en el adagio popular, el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje y el tenerlas en cuenta puede ser útil en la doctrina jurídica. El conocer las raíces²³⁹ de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características.

Con el desarrollo que ha experimentado el arbitraje, abordar todas las cuestiones que se vinculan con él en una aproximación investigativa, como ésta, resulta materialmente imposible. Por eso se ha intentado, escudriñar el origen de esta vasta institución jurídica en los albores del *Iudicium Legitimum* romano, que condujo a las legislaciones postrimeras a estatuirlo, sin sombras de duda, como lo ha hecho nuestra legislación patria. El auge del arbitraje comercial internacional como la alternativa prioritaria escogida para la solución de conflictos en el comercio internacional, surge ante la intensificación de los intercambios comerciales a nivel mundial y principalmente ante el rechazo de las jurisdicciones estatales por parte de los operadores económicos frente a las múltiples ventajas que un litigio arbitral les puede ofrecer.

Los Principios de derecho aplicados en materia de Arbitraje adquieren verdadera relevancia cuando vienen a reafirmar las tendencias unificadoras o armonizatorias en los usos y normativas del comercio internacional. El pináculo del arbitraje surge debido a que muchos de los conflictos que se suscitan entre los comerciantes y particulares en general a nivel nacional o internacional no llegan a plantearse ante los tribunales de justicia de sus respectivos países, debido a la problemática que éstos presentan y las múltiples ventajas que un litigio arbitral les ofrece.

Por ello, esta investigación, consideramos, será de una enorme utilidad tanto para quienes se acerquen al mismo con interés académico como para quienes busquen en él datos y tendencias que permitan formarse una buena idea de qué posición

²³⁹ Es en abundancia sabido que las grandes instituciones jurídicas cuentan con vastos antecedentes, el *Arbitraje*, sin duda no escapa de esta tendencia, y en esta investigación se ilustra, con pinceladas muy finas, los antecedentes, vistos éstos como histórico-mitológicos, como acontecimientos histórico-romanos mitologizados, en el mundo hebraico y Nuevo Testamento; arpegios que fueron considerados con una visión investigativa originaria sin precedente, que le imprimen sobriedad y circunspección dignas de una retrospección histórica como ésta.

tiene la práctica arbitral en el día a día y en nuestros países, teniendo siempre como referencia la legislación romana.

Culminar una investigación como ésta nos permite sentir la satisfacción de contribuir con la academia, con el desarrollo de la ciencia jurídica y de aportar, en la medida de lo posible, los conocimientos ocultos en las páginas de los clásicos y presentarlas a los *lectores*, que en definitiva, son los agentes protagónicos de esta ardua tarea y, nos permite además, agregar:

- La sociedad debe tener por objetivo el brindar una genuina posibilidad de tutela a los justiciables que no es necesariamente la jurisdiccional.
- Resulta necesario alentar una protección accesible, plural y heterogénea que permita a los particulares elegir entre los diversos mecanismos disponibles.
- Los justiciables se encuentran en óptimas condiciones de discernir acerca de su posibilidad de acceder a un procedimiento efectivo que le permita disminuir el tiempo de espera y los costos de la demora como precio de mercado.
- Para la solución de los conflictos entre partes resulta indispensable contemplar aquellos mecanismos que permitan arribar a soluciones cooperativas que contribuyan a la futura interacción y efectiva reanudación de las relaciones existentes antes del estallido de la controversia.
- Este mecanismo no solamente puede resultar el más rápido, el menos costoso, el más confidencial, el más flexible, el que ofrece mayor libertad entre los métodos para resolver las controversias, sino que lo que acaso es su rasgo más saliente, que cuenta con la aceptación de quienes son sus destinatarios que han elevado a esta modalidad, hasta convertirla en la más empleada en el área de solución de los conflictos.
- Hoy no basta la promoción del arbitraje, es menester que las partes observen las bondades del estudio institucional imparcial, especializado y de consenso. Estos métodos alternos de solución de conflictos constituyen mecanismos generalmente

más eficientes que los medios judiciales tradicionales, porque diseñan procedimientos *ad hoc* a la naturaleza de la controversia, procedimientos en los cuales, generalmente es un experto en la materia quien va a intervenir, ya sea para resolver el conflicto a través de un laudo, en arbitraje, o propiciando un acercamiento entre las partes, a efecto de que ellas mismas alcancen una solución al problema. Por suerte, nuestra legislación, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia están encaminadas a lograr que esa utopía arbitral sea una realidad palpable y pragmática.

- Lo más importante es la *apertura al arbitraje*, a partir del momento en que se reconoce que ésta es la manera más adecuada para solucionar los conflictos. Tal y como sabemos, el árbitro es el juez natural de esta materia y para que el arbitraje pueda jugar su rol, se necesita una liberación de las legislaciones nacionales para permitir múltiples soluciones, a diversos conflictos, es decir, se necesita una legislación abierta y liberal. Sin embargo, sabemos que en ciertos países y en particular en Latinoamérica, existe una actitud de los jueces tendiente a frenar el desarrollo del arbitraje.

- Sin duda, debemos culminar esta investigación haciendo referencia al *pluralismo jurídico* que estudia los casos de las minorías étnicas y culturales para establecer formas jurídicas diversas y el caso de las comunidades religiosas que se derivan de sociedades multiculturales, en las cuales se discute esta idea tomando como base las tesis de Rawls (1995) descritas en el liberalismo político²⁴⁰, especialmente en la posibilidad que se tiene de recurrir a la *justicia arbitral* para reconocer las normas de familia de estas comunidades religiosas y en donde, sin embargo para el autor, no se deben dejar de reconocer los derechos propios del liberalismo.

El arbitraje se presenta en dos contextos, nacional e internacional. En el marco internacional como lo dijera Chevallier (2014) “el proceso de globalización conduciría

²⁴⁰ Sobre la posibilidad de utilizar el *arbitraje* para otorgarle rango a este otro derecho Rawls pone como ejemplo el caso de los arbitrajes de New York en donde se reconoce también soluciones jurídicas plurales de derecho de familia de las comunidades ortodoxas judías creando de esta manera un derecho de familia alternativo y plural que no desconoce los derechos mínimos del liberalismo.

irresistiblemente, en efecto, a la aparición de un derecho global concebido y aplicado fuera de los Estados. La globalización jurídica tomaría forma de relaciones jurídicas cuyo tratamiento sobrepasa el marco nacional o comunitario, sin entrar en el espacio jurídico internacional *stricto sensu*" (216). En ese contexto de un derecho que va más allá de las fronteras estatales recobra especial importancia el *arbitraje* por cuanto no solo consigue retirar los litigios entre agentes económicos de la competencia de los tribunales estatales, sino, aún más, garantiza la consideración de otras normas aparte del derecho estatal (costumbre, jurisprudencia arbitral); los agentes económicos exigen elegir a sus jueces (*good forum shopping*) y ser juzgados en aplicación a un derecho específico (*law shopping*).

ÍNDICE DE REFERENCIAS

- ABECE de la CNUDMI, (2004), Austria: Centro Internacional de Viena. Ampliado en <http://www.uncitral.org>
- Alsina, Hugo (2013). **Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil** – Tomo 1-2-3. Buenos Aires: Mundo Cultural Hispano.
- Alfonso, Ilis M. (1999). **Técnica de Investigación Bibliográfica**. Octava Edición. Caracas: Contexto Editores.
- Alterio-Loponte, José (1979). **Introducción al Derecho romano**. Mérida-Venezuela: Talleres gráficos de la Imprenta Oficial de la Gobernación.
- Álvarez, Merchán (1981). **El Arbitraje: estudio histórico-jurídico**. Sevilla: Itis.
- Anzola, Eloy; Zumbiehl, Frédéric (2011). **El Tribunal Supremo de Venezuela riñe con el arbitraje**. Caracas: Asociación venezolana de Derecho y Economía (VELEA).
- Apuleyo (1985). **Apología**, 86, 1. Madrid: Gredos.
- Arangio Ruiz, V. (1980). **Historia del Derecho Romano**. Traducción a la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Reus, Cuarta Edición.
- Argüello, Luis (2000) **Manual de Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Asimov, Isaac (2002). **La República romana**. Buenos Aires: Libros Tauro.
- Árias, José (1941). **Manual de Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.
- Árias-Ramos, J. (1960). **Derecho Romano I**. Madrid: Revista de Derecho Romano.
- Atienza, Manuel (2006). **Derecho y Argumentación**. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Aubry et Rau (1869). **Curso de Derecho Civil francés**. Madrid: Henri et Léon.
- Balestrini, Mirian (2006). **Cómo se elabora el Proyecto de Investigación**. Caracas: BL Consultores Asociados. Servicio Editorial.
- Baumeister Toledo, Alberto (2005). “*Algunas Consideraciones sobre el Proceso Arbitral en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial*”. En: **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Serie Eventos N° 13. Pp.19-73. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Becker, Gary (1981). **Manual de Instituciones antiguas de Roma**. Madrid: Reus.
- Berman, H. (1996). **La formación de la tradición jurídica occidental**. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bernad, Rafael (2001). **Curso de Derecho Privado Romano**. Caracas: UCAB.
- Bernardini, Piero (1994). **El arbitraje internacional**. Roma: Giuffré Editore.
- Bertolini, Francisco (2004). **Historia de Roma**. Madrid: Edimat Libros, S.A.
- Betancourt, Fernando (2007). **Derecho romano clásico**. 3ª Edic Revisada y aumentada. Sevilla-España: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Biondi, Biondo (1990). **Instituciones del Derecho romano**. Milán: Giuffré Editore.
- Briseño, Humberto (1963). **El Arbitraje en el Derecho Privado**. México: Imprenta Universitaria.
- Bonfante, Pietro (1959). **Instituciones de Derecho Romano**. Madrid: Reus.
- Brewer-Carias (2001). “*Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos*”. En **Derecho y Sociedad**.

- Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, N° 2. Caracas, Abril 2001.
- Buckland, W.W. (1951) **Manual de Derecho Privado romano**. 2da Edic. Cambridge: *Law Style*.
- Buigues, Gabriel (1990). **La solución amistosa de los conflictos en el Derecho romano: el arbiter ex compromisso**. Madrid: Montecorvo.
- Burdese (1972). **Manual de Derecho Público romano**. Barcelona-España: Bosch.
- Caballos-Rufino, Antonio (2006). **El nuevo bronce de Osuna y la política colonizadora romana**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Caicedo, José (1960). **Derecho Internacional Privado**. Bogotá: Edit. Temis.
- Caivano, Roque (2000). **Arbitraje**. Buenos Aires: Vilella Editor, Ad-Hoc, S.R.L.
- Calamandrei, Piero (1997). **Derecho Procesal Civil**. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 2. México: Harla, S.A.
- Calvo, Alfonso y otros (2000). **Derecho Internacional Privado**. Granada-España: Editorial Comares.
- Camus, E. (1943). **Curso de Derecho romano**. VI Volúmenes. La Habana: Universidad de la Habana.
- Carames-Ferro, José (1952). **Tratado de Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Carames-Ferro, José; Louzan, Nelly (1971). **Derecho e Historia en Roma**. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Carcopino, Jérôme (1993). **La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio**. Madrid: Atheus.
- Cardona, Francesc (1996). **Mitología romana**. España-Barcelona: Edicomunicación, S.A.
- Carnelutti, Francesco (1997). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 5. México: Harla, S.A.
- Castillo-Freyre, Mario (2002). **Origen del arbitraje**. Lima: Lince.
- Chevallier, Jacques (2014). **El Estado Postmoderno**. Traducción Pérez Oswaldo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chibly, Hobaica (1978). **Anotaciones y comentarios de Derecho romano III. Derecho sucesorio y protección de los derechos**. Caracas: Editorial jurídica venezolana.
- Chillón Medina, José; Merino, José. (1991). **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. 2da Edición. Madrid: Editorial *Civitas*.
- Chiovenda, Giuseppe (1997). **Curso de Derecho Procesal Civil**. Biblioteca Clásicos del Derecho. México: Harla, S.A. de C.V.
- Cicerón, Marco Tulio (2007). **De legibus**. Barcelona-España: Ariel.
- Cicerón, Marco Tulio (2005). **Cartas a su hermano Quinto III**. Barcelona-España: Ariel.
- Colin, A.; Capitant, H. (1981). **Curso elemental de Derecho Civil VIII**. Trad. Española de la 2da ed francesa por D. De Buen. Madrid: Ariel.
- Cornell, T.J. (1999). **Los orígenes de Roma, c. 1000-264 a. C.: Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas**. España-Barcelona: Crítica.
- Cossio, Carlos (2002). **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro.

- Costa y Borrás (1853). **La Leyenda de Oro, para cada día del año. Vidas de todos los Santos que venera la Iglesia.** Tomo Segundo. Madrid: Librería española, Calle de Relatores.
- Couture, Eduardo (1949). **Introducción al estudio del proceso civil.** Buenos Aires: Depalma.
- Cremades, Bernardo; Cairns, David (2012). **Arbitraje internacional. Cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable.** Buenos Aires: Depalma.
- Cueto Rúa (1991). **El Arbitraje y los Abogados.** Buenos Aires: JA, 1991-I-945.
- De Barnola-Verdaguer, Antonio (1860). **Causas que dieron origen a la creación de la Pretura, origen y extensión del Derecho Honorario e importancia del Edicto Perpetuo.** Madrid: Imp de Don Bernabé Fernández, Barco.
- Declareuil, J. (1958). **Roma y la organización del Derecho.** Traducción de Lic. José López Pérez. México: Unión Tipográfica Hispano Americana.
- De Francisci, Pietro (1954). “*Síntesis histórica del derecho romano*”. En **Revista de Derecho Privado. Nº VII.** Enero 01. Madrid: Ediciones *Latío*.
- Delgado-Ocando, José (1957). **Filosofía del Derecho. Maracaibo:** Publicaciones de la Universidad Nacional del Zulia. Dirección de Cultura.
- Del Vecchio, G. (1912). **El concepto del Derecho.** Barcelona-España: Bosch.
- De Martino (1992). **Giurisdizione nel diritto romano.** Padova: *Cratus*.
- Denti, Vittorio (1980). “*El Procedimiento no judicial y la Conciliación como instituciones alternativas*”. En **Revista de Derecho Procesal Civil.** Caracas: U.C.V.
- Derecho Internacional Privado.** (2000). II Tomos. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Diels-Kranz y Walzer (1966). Fragmento 53, en Rodolfo Mondolfo, **Heráclito, textos y problemas de interpretación.** México: Siglo XXI.
- Dihigo, Ernesto (1951). **Apuntes de Derecho romano.** 2da Edic. Vol. II. Habana: Editorial Lex.
- Di Pietro, A. (1991). **Manual de Derecho romano.** Buenos Aires: De Palma.
- D’Ors, A. (1975). **El Digesto de Justiniano.** Pamplona-España: Editorial Aranzadi.
- Dworkin, R. (1984). **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel (orig.: *Taking Rights Seriously, London, Gerald Duckworth & Co., 1977*).
- Dupuy-Montori, Fernando (2006). **Imperio y Jurisdicción Voluntaria.** Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Esquilo (1993). **Las Euménides.** 700, en Tragedias. Madrid: Gredos.
- Eugenio, Francisco (1981). **Breve historia de Roma.** Madrid: Editorial Dykinson.
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Hebe Leonardi (1998). **El arbitraje.** Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Feldstein de Cárdenas, Sara (2012). **Los beneficios del arbitraje comercial internacional.** Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fernández de Buján, Antonio (2006). **Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano.** 1ª edición, Col. Madrid: Biblioteca Jurídica Básica, Iustel.
- Fernández de Buján, Antonio (2006). *Imperium. Iurisdictio Voluntaria. Jurisdicción Voluntaria: Capítulo Primero: el problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica.* **Ponencia en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano,** 16, 17 y 18 de agosto de 2006, Morelia, México.

- Fernández, Juan (2011). **Los desafíos del Abogado del siglo XXI**. En <http://estudiofernandez.blogspot.com/>.
- Freixas-Pujadas, J. (1980). "Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano". En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Buenos Aires: UBA.
- Fustel de Coulanges (1952). **La ciudad antigua**. Barcelona-España: Editorial Iberia, S.A.
- Gabaldón, Frank (1999). **Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Editorial Librosca, C.A.
- Galgano, F. (2001). **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino.
- Gallego, Elio (2005). **Tradición jurídica y Derecho subjetivo**. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- García-Leal, L. (2008). *La formación del Abogado y los métodos alternativos de solución de conflictos*. En **Frónesis**, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Vol. 15, Nº 1, Abril. Maracaibo: Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando".
- García-Leal, L. (2000). "Crisis de la administración de justicia y la justicia alternativa". En **Frónesis**, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Vol. 7, Nº 3, 2000: 99-114. Maracaibo: Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando".
- Gaspar, Silvia (1998). **El ámbito de aplicación del arbitraje**. Navarra: Editorial Aranzadi.
- G.C.B.A. Gobierno Ciudad de Buenos Aires. (2007). **Prácticas del lenguaje. Mitos griegos**. Buenos Aires: Dirección de Curricula.
- Gibernau, Monserrat (1996). **Los nacionalismos**. Barcelona-España: Ediciones Ariel.
- Gil Osuna, Bartolomé (2003). EL DERECHO ROMANO EN LA INTEGRACIÓN FRENTE AL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA. Publicaciones *on line*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA-Mérida.
- Gil Osuna, Bartolomé (2007). LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Publicaciones *on line*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA-Mérida.
- Gil Osuna, Bartolomé (2011). LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. Publicaciones *on line*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA-Mérida.
- Gioachino Belli, G. (1975). **Belli italiano**. Roma: Colombo.
- Gioffredi (1992). **Diritto e proceso nelle Antique forme giuridiche romane**. Roma: *De lingua latina*.
- Girard, Paul (1901). **Historia de la organización judicial de los romanos. Los primeros seis siglos de Roma**. Paris: Gand.
- Glück, F. (1998). **Comentario alle pandette**. Trad. Italiana y española de C. Ferrini, Barcelona-España: Arcus.
- Goldschmidt (1997). **Teoría General del Proceso**. Caracas: Editorial Atenea.
- González de Cancino, Emilssen (2008). *Arbitraje romano*. En **El Contrato de Arbitraje**. Compendio de Silva Eduardo y Mantilla Fabricio. Colombia: Legis Editores, S.A.

- G. de Troconis, Iris. (2007). **Arbitraje y Propiedad Intelectual**. Mérida-Venezuela: Taller de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Guerra-Hernández, Víctor (2005). *Evolución del Arbitraje comercial interno e internacional*. En **Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Compilación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Coord. De Valera Irene. Serie Eventos 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Gutiérrez, Faustino; Alviz y Armario. (1976). **Diccionario de Derecho romano**. Segunda Edición. Madrid: Reus, S.A.
- Habermas, J. (1988): "**La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho**", en Ensayos Políticos, Barcelona-España: Península.
- Habermas, J. (1989): "**La nueva intimidad entre política y cultura**", Madrid: Debats.
- Halperin Isaac; Butty, Enrique M. (2010). **Curso de Derecho Comercial**. Vol I. Ed. Buenos Aires: Depalma.
- Hegel, G. W. F. (1993). **Fundamentos de la filosofía del derecho**. Madrid: Libertarias/Prodhufi.
- Hegel, G. W. F. (2002). **Filosofía de la historia**. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Hernández-Bretón (2005). *Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como derecho fundamental*. En **Arbitraje Comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Compilación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Coord. De Valera Irene. Serie Eventos 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Hernández, Bulte. (1980). **Manual de Derecho Romano**. La Habana: Revista de Derecho Romano.
- Hernández La Roche, Ricardo (2000). **El Arbitraje Comercial en Venezuela**. Caracas: Organización Gráficas Capriles, C.A.
- Ibañez de Aldecoa, Alfonso (1954). **Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Ed. Arayú.
- Iboleón, María Belén (2012). **El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del Arbitraje de Consumo**. España: Editorial de la Universidad de Granada.
- Iglesias, Juan. (1989). **Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado**. Barcelona-España: Ediciones Ariel.
- Ihering, Rudolf Von (2001). **El espíritu del Derecho romano**. Oxford: *University Press*.
- Keller, W. (1853). **Procedimiento civil y acciones entre romanos**. Madrid: Temhis.
- Keller, W. (1973). **Historia del pueblo etrusco**. Barcelona-España: Omega.
- Kovaliov, S. I. (1964). **Historia de Roma**. Buenos Aires: Editorial Futuro, S.R.L.
- Kunkel, Wolfgang (1966). **Historia del Derecho romano**. España-Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Laurent, François (2007). **Principes du droit civil**. Paris/Bruselas: Raneáis.
- Lauria (1930). **jurisdictio**, en *Studi in memori de P. Bonfante*, II, Milán: Corpus.
- León, Homo (1958). **Las Instituciones Políticas romanas, de la ciudad al estado**. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Linares-Benzo, Gustavo (1993). **El proceso de amparo en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Procuraduría Gral de la República.
- Mayr, Ernest (1942). **Origen sistemático de la especie**. Columbia University Press: New York.

- Malet, Alberto (1923). **Roma**. Paris: Ediciones Españolas Hachette.
- Matthies, Félix (1998). *Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial. El Arbitraje Independiente. El Arbitraje Institucional vs. Arbitraje Ad Hoc*. En **Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje comercial**. Caracas: Federación del Colegio de Abogados de Venezuela.
- Margadant, Guillermo (1960). **Derecho romano**. México: Editorial Esfinge.
- Margadant, Guillermo (1960). **El significado del Derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea**. México: UNAM.
- Marrone, Matteo. (2005). "Sobre el Arbitraje Privado en la Experiencia Jurídica Romana". En **Roma e America, Diritto Romano Comune**. *Rivista de Diritto Dell Integrazione e Unificazione in Europa e America Latina*.
- Medina-Lima, Ignacio. (1988). **El arbitraje privado es nuestro derecho**, en revista de la Facultad de Derecho de México, números 157-159, pág. 158, UNAM, México.
- Mezgravis, Andrés (1998). *Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Arbitraje Comercial*. En: **Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Federación de Colegio de Abogados de Venezuela. Serie Cuadernos Jurídicos N° 04.
- Miranda, Eduardo-Julián. (1916). **El juicio arbitral**. Anales de la Universidad, núms. 94 al 96, Universidad de la República, Montevideo.
- Mommsen, Teodoro (2003). **Historia de Roma: Libros I y II: Desde la Fundación de Roma hasta la reunión de los estados itálicos**. Madrid: Editorial Turner.
- Monnier, H y Paton. (1915). La **Meditatio de nudis pactis**. Paris: Kiliar.
- Monroy-Cabra, Marco (1982). **Arbitraje comercial**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Monroy-Cabra, Marco. (1999). **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Monroy-Cabra, Marco. (2008). *Recursos contra el laudo arbitral*. En **El Contrato de Arbitraje**. Compendio de Silva Eduardo y Mantilla Fabricio. Colombia: Legis Editores, S.A.
- Montes, Ángel. (1964). **Curso de Derecho Romano**. Caracas: U.C.V.
- Montoya, Ulises (2010). *Historia del arbitraje*. En **Revista Peruana de Derecho de la Empresa**. N° 12. Febrero. Lima: Derecho de la Empresa.
- Morello, Augusto (2013). *Así se debe fallar*. En **JA**. II-412.
- Murga, J.L. (1989). **Derecho Romano Clásico II. El Proceso**. 3era edición. Zaragoza-España: Publicaciones de la Universidad de Zaragoza.
- Nieto, Alejandro (2000). **El arbitrio judicial**. Barcelona-España: Editorial Ariel, S.A.
- Oderigo, Mario (1973). **Sinopsis de Derecho romano**. Buenos Aires: Ediciones Depalma
- Ogáyar, Tomás. (1977). **El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas.
- Olmos-Comina, Segundo. (2010). **Entre los individuos, como entre las Naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz**. EN <http://repositorio.utc.edu.ec/bitstream/27000/527/1/T-UTC-0443.pdf>, fecha de recuperación, Noviembre 2013.
- Oppetit, Bruno. (2006). **Teoría del Arbitraje**. Colombia: Legis Editores, S.A.

- Ortolán, M. (2010). **Instituciones de Justiniano** (Inst.) Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Pina-Polo, Francisco (2005). **Marco Tulio Cicerón**. Barcelona-España: Ariel.
- Platón (1979). **Las Leyes**. México: Porrúa.
- Platón (1983). **Diálogos**. México: Porrúa.
- Plutarco (1991). **Vidas paralelas, Pompeyo**, X. Barcelona-España: Planeta.
- Pugliese, G. (1963). **Il processo civile romano**, II. Milano: Guijarro.
- Radbruch, Gustav (1999). **Filosofía del Derecho**. Trad. J. Medina Echevarría. Cuarta Edición. Estudio Preliminar de Monereo Pérez José. Granada: Editorial Comares S.L.
- Rawls, Jhon (1995). **Liberalismo político**. México: Fondo de Cultura Económica.
- Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**. (2006). Nº 28, Chile: Valparaíso.
- Reglero Campos, Fernando (1991). **El Arbitraje**. Madrid: Ed. Montecorvo.
- Rengel-Romberg, A. (1995). **Tratado de Derecho procesal civil venezolano**. Volumen I. Caracas: Editorial Arte.
- Riccobono, Salvatore (1950). **Lineamientos de la historia y fuentes del Derecho romano**. Milán: Pastrani.
- Robles, Juan (2003). **La competencia jurisdiccional y judicial en Roma**. España: Universidad de Murcia.
- Uría, José M. (1984). **Derecho Romano**. Volumen Primero. San Cristóbal-Venezuela: Universidad Católica del Táchira.
- Uzal, María (1998). **Solución de controversias en el comercio internacional, Ad-Hoc**. Buenos Aires: Iuris Impres.
- Vargas, Fernando (1964). **Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil**. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Talamanca, M. (1987). **L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano**. Roma: Polis.
- Tamayo, M. (1991). **Metodología formal de la investigación científica**. México: Limusa/Noriega.
- Tito Livio (1985). **Historia romana. Primera década**. Libro V, 36, México: Porrúa.
- Sánquiz, Shirley (2005). **El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano**. Caracas: Ediciones de la UCAB y la Fundación Roberto Goldschmidt.
- Savigny, Friedrich (1893). **Sistema de Derecho Romano Actual**. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Schaff, Adam (1971). **Historia y verdad. Ensayo sobre la objetividad del conocimiento histórico**. México: Editorial Grijalbo, S.A.
- Schulz, Fritz (1990). **Principios del Derecho romano**. 2da Ed. Madrid: Civitas.
- Serra-Domínguez (2009). **Naturaleza jurídica del arbitraje**. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona-España: Ariel.
- Stern, D. (1977). **La primera relación madre-hijo**. Madrid: Ediciones Morata.
- Wenger, Leopoldo (1978). **Compendio de Derecho Procesal Civil Romano**. Madrid: Ariel.
- Zagrebel'sky, Gustav (1995). **El Derecho dúctil**. Barcelona-España: Editorial Ariel, S.A.
- Zappala, F. (2010). "Universalismo histórico del arbitraje" en **Vniversitas**. Bogotá (Colombia) Nº 121, julio-diciembre 2010.

LEGISLACIÓN

Ley española de Arbitraje del 22 de diciembre de 1953.

República Bolivariana de Venezuela. **Código Penal**. Gaceta Oficial N° 39.696 de fecha 15 de Junio de 2011.

República Bolivariana de Venezuela. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de Diciembre de 1999.

República de Venezuela. **Código de Procedimiento Civil**. Ley de Reforma Parcial de fecha 13 de Marzo de 1987. Gaceta Oficial N° 3.970.

República de Venezuela. **Código Civil**. Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26 de Julio de 1982.

República de Venezuela. **Código de Comercio**. Ley de Reforma Parcial de fecha 26 de Julio de 1955. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de Diciembre de 1955.

República de Venezuela. **Ley de Abogados**. De fecha 12 de diciembre de 1966.

República de Venezuela. **Ley de Arbitraje Comercial**. Gaceta Oficial N° 36430 de fecha 07 de Abril de 1998.

República de Venezuela. **Ley de Derecho Internacional Privado**. Gaceta Oficial N° 36.511 de fecha 06 de Agosto de 1998.

WEBGRAFÍA

(<http://www.elalmanaque.com/santoral/marzo/30-3-quirino.htm>) Recuperado 20/05/2015.

APÉNDICE

VENEZUELA - Ley de Arbitraje Comercial *Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998*

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

Decreta la siguiente,

Ley de Arbitraje Comercial

Capítulo I: Disposiciones Generales

Artículo 1º. Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente.

Artículo 2º. El arbitraje puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje.

Artículo 3º. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a. Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b. Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c. Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d. Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e. Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Artículo 4º. Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas

anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).

Artículo 5º. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

Artículo 6º. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

Artículo 7º. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Artículo 8º. Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre al carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho.

Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles.

Artículo 9º. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral lo determinará, atendiendo a las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes. No obstante, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones, oír las declaraciones de los testigos, los peritos o a las partes, o para examinar mercancías, otros bienes o documentos.

Artículo 10. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse. Este acuerdo será aplicable, salvo que ellos mismos hayan acordado otra forma, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y al laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos presentados para su consideración, estén acompañados de una traducción al idioma o los idiomas acordados por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Capítulo II: Del Arbitraje Institucional

Artículo 11. Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma.

Artículo 12. En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.

Artículo 13. Todo centro de arbitraje ubicado en Venezuela tendrá su propio reglamento, el cual deberá contener:

- a. Procedimiento para la designación del Director del centro, sus funciones y facultades;
- b. Reglas del procedimiento arbitral;
- c. Procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros; las causas de exclusión de la lista; los trámites de inscripción y el procedimiento para su designación;
- d. Tarifas de honorarios para árbitros; y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año;
- e. Normas administrativas aplicables al centro; y
- f. Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro.

Artículo 14. Todo centro de arbitraje contará con una sede permanente, dotada de los elementos necesarios para servir de apoyo a los tribunales arbitrales, y deberá disponer de una lista de árbitros, cuyo número no podrá ser inferior a veinte (20).

Capítulo III: Del Arbitraje Independiente

Artículo 15. Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes.

Artículo 16. Las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar. A falta de acuerdo los árbitros serán tres.

Artículo 17. Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero.

Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral.

Si alguna de las partes estuviere renuente a la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez competente de Primera Instancia con el fin de que designe el árbitro faltante.

A falta de acuerdo entre las partes, en el arbitraje con árbitro único, la designación será hecha a petición de una de las partes, por el Juez competente de Primera Instancia.

Artículo 18. Los árbitros deberán informar por escrito a quien los designó, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, si aceptan o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan.

El árbitro que no acepte, renuncie, fallezca, quede inhabilitado, o sea recusado será reemplazado en la misma forma establecida para su nombramiento.

Capítulo IV: Del Proceso Arbitral

Artículo 19. Aceptado el cargo por cada uno de los árbitros, se instalará el tribunal arbitral y se notificará a las partes de dicha instalación. En el acto de instalación se fijarán los honorarios de los miembros del tribunal, así como la suma que se estime necesaria para gastos de funcionamiento. Las partes podrán objetar cualquiera de los montos antes señalados, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que los fijó, mediante escrito en el que expresarán las sumas que consideren justas. Si la mayoría de los árbitros rechaza la objeción, el tribunal arbitral cesará en sus funciones.

Artículo 20. Decidida la fijación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que le corresponda por tal concepto. El depósito se hará a nombre del Presidente del tribunal arbitral, quien abrirá una cuenta especial para tal efecto.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella que hubiere consignado podrá hacerlo por la otra dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Las costas del arbitraje serán fijadas por el tribunal arbitral en el laudo en el cual también se decidirá a quien corresponde cubrir dichas costas y en cuál proporción.

Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si ésta no se realizare, el tribunal arbitral podrá declarar concluidas sus funciones, quedando las partes en libertad de acudir a los jueces de la República o de reiniciar el procedimiento arbitral.

Artículo 21. Efectuada la consignación, se entregará a cada uno de los árbitros una porción no mayor de la mitad de los honorarios correspondientes y el resto quedará depositado en la cuenta abierta para tal efecto. El Presidente del tribunal arbitral distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes, o por ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

Artículo 22. Si en el acuerdo de arbitraje no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del tribunal arbitral. Este lapso podrá ser prorrogado por dicho tribunal una o varias veces, de oficio o a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al término antes señalado se sumarán los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

Artículo 23. El tribunal arbitral citará a las partes para la primera audiencia de trámite, con diez (10) días hábiles de anticipación, expresando fecha, hora y lugar en que se celebrará. La providencia será notificada por comunicación escrita a las partes o a sus apoderados.

Artículo 24. En la primera audiencia se leerá el documento que contenga el acuerdo de arbitraje y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía. Las partes podrán aportar, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Artículo 25. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora.

Artículo 26. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

Artículo 27. El tribunal arbitral realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas. En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias. Los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse. La pendencia de cualquier procedimiento de tacha no impide la continuación del procedimiento arbitral.

Artículo 28. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

Artículo 29. El procedimiento arbitral culminará con un laudo, el cual será dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del tribunal arbitral. En las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados.

Artículo 30. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario, y constará en él la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje.

Artículo 31. Dictado el laudo el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros, y el mismo será de obligatorio cumplimiento.

Artículo 32. El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal arbitral de oficio o solicitud presentada por una de las partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del mismo.

Artículo 33. El tribunal cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de los gastos de honorarios prevista en esta Ley.
2. Por voluntad de las partes.
3. Por la emisión del laudo, o de la providencia que le corrija o completamente.
4. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga.

Artículo 34. Terminado el proceso, el Presidente del tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos, entregará a los árbitros el resto de sus honorarios, pagará los gastos pendientes y, previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

Capítulo V: De la Recusación o Inhibición de los Árbitros

Artículo 35. Los árbitros son recusables y podrán inhibirse de conformidad con lo establecido al efecto en las causales de recusación e inhibición en el Código de Procedimiento Civil.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevivientes a la designación. Los nombrados por el Juez competente o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del tribunal arbitral, de conformidad con el procedimiento señalado en esta Ley.

Artículo 36. Cuando exista o sobrevenga alguna causal de inhibición, el árbitro deberá notificarlo a los otros árbitros y a las partes; y se abstendrá, entre tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo de la causa.

La parte que tenga motivo para recusar a alguno de los árbitros por causales desconocidas en el momento de la instalación del tribunal arbitral, deberá manifestarlo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de la causal, mediante escrito presentado ante el tribunal arbitral. Del escrito se notificará al árbitro recusado quien dispondrá de cinco (5) días hábiles para manifestar su aceptación o rechazo.

Artículo 37. Si el árbitro rechaza la recusación o no se pronuncia al respecto, los demás árbitros la aceptarán o negarán mediante escrito motivado, y se notificará a las partes en la audiencia que para tal efecto se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al rechazo de la recusación. En dicha audiencia se decidirá sobre su procedencia.

Aceptada la causal de inhibición o recusación de un árbitro, los demás árbitros lo declararán separado del procedimiento arbitral y comunicarán el hecho a quien hizo el nombramiento para que proceda a reemplazarlo. En caso de que el nombramiento no se realice dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la aceptación de la causal, el Juez competente de Primera Instancia nombrará al sustituto a solicitud de los demás árbitros. Contra esta providencia no procederá recurso alguno.

Artículo 38. Si sobre la decisión de inhibición o recusación de uno de los árbitros hay empate, o si el árbitro es único, las diligencias serán enviadas al Juez competente de la Circunscripción Judicial del lugar donde funcione el tribunal arbitral para que decida. Contra esta providencia no procederá recurso alguno.

Artículo 39. Cuando todos los árbitros o la mayoría de ellos se inhibieren o fueren recusados, el tribunal arbitral declarará concluidas sus funciones, quedando las partes en libertad de acudir a los jueces de la República o de reiniciar el procedimiento arbitral.

Artículo 40. El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que un árbitro declare su inhibición, acepte la recusación o se inicie el trámite de cualquiera de ellas. La suspensión durará hasta que sea resuelta la incidencia, sin que tal paralización afecte la validez de los actos ejecutados con anterioridad a la misma.

Igualmente, el proceso arbitral se suspenderá por inhabilidad o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo.

El tiempo necesario para completar el trámite de la recusación o inhibición, la sustitución del árbitro inhibido o recusado o el remplazo del inhabilitado o fallecido, se descontarán del término señalado a los árbitros para que pronuncien el laudo.

Capítulo VI: De las Obligaciones de los Árbitros

Artículo 41. Es obligación de los árbitros asistir a todas las audiencias del procedimiento arbitral, salvo causa justificada. El árbitro que dejare de asistir a dos audiencias sin justificación, quedará relevado de su cargo, y estará obligado a reintegrar al Presidente del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el porcentaje de sus honorarios que este último determine teniendo en cuenta la función desempeñada. El tribunal arbitral dará aviso a la parte que designó al árbitro relevado, para que de inmediato proceda a su reemplazo.

Salvo acuerdo en contrario del tribunal arbitral, si un árbitro acumulare cuatro (4) inasistencias, aún cuando fueren justificadas, se considerará inhabilitado y quedará relevado de su cargo, y el tribunal arbitral procederá a notificar a la parte que lo designó para que proceda a su reemplazo. El árbitro deberá reintegrar al Presidente del tribunal arbitral el porcentaje de los honorarios que este último determine teniendo en cuenta la función desempeñada.

Artículo 42. Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral.

Capítulo VII: De la Anulabilidad del Laudo

Artículo 43. Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto.

La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.

Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

- a. Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;

- c. Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;
- d. Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f. Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.

Artículo 45. El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior admite el recurso se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso. El término para otorgar la caución será de diez (10) días hábiles a partir de dictado dicho auto.

Si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar.

Artículo 46. Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará sin lugar el recurso, se condenará en costas al recurrente y el laudo se considerará de obligatorio cumplimiento para las partes.

Artículo 47. Admitido el recurso y dada la caución, el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario.

Capítulo VIII: Del Reconocimiento y Ejecución del Laudo

Artículo 48. El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

Artículo 49. El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a. Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;

- c. Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d. Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f. Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público;
- g. Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.

Capítulo IX: Disposiciones Transitorias

Artículo 50. Los acuerdos de arbitraje en los cuales alguna de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, suscritos antes de la fecha de la promulgación de esta Ley, no requerirá para su validez del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 4º de esta Ley.

Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas a los veinticinco días del mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Años 187º de la Independencia y 138º de la Federación.

EL PRESIDENTE,
PEDRO PABLO AGUILAR

LA VICEPRESIDENTA,
IXORA ROJAS PAZ

LOS SECRETARIOS,
JOSE GREGORIO CORREA
YAMILETH CALANCHE

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los siete días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho. Año 187º de la Independencia y 139º de la Federación.

Cúmplase,

(L.S.)
RAFAEL CALDERA
Refrendado
El Ministro de Industria y Comercio
(L.S.)
HECTOR MALDONADO LIRA
Refrendado
El Ministro de Justicia
(L.S.)
HILARION CARDOZO

**COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL
(CNUDMI)
LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL**

INDÍCE**LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL****Capítulo I Disposiciones generales**

Artículo 1. Ámbito de aplicación

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación

Artículo 3. Recepción de comunicaciones escritas

Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

Artículo 6. Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Capítulo II. Acuerdo de arbitraje

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal

Capítulo III. Composición del tribunal arbitral

Artículo 10. Número de árbitros

Artículo 11. Nombramiento de los árbitros

Artículo 12. Motivos de recusación

Artículo 13. Procedimiento de recusación

Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto

Capítulo IV. Competencia del tribunal arbitral

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares

Capítulo V. Sustanciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Artículo 19. Determinación del procedimiento

Artículo 20. Lugar del arbitraje

Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 22. Idioma

Artículo 23. Demanda y contestación

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito

Artículo 25. Rebeldía de una de las partes

Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

Capítulo VI. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

Artículo 30. Transacción

Artículo 31. Forma y contenido del laudo

Artículo 32. Terminación de las actuaciones

Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

Capítulo VII. Impugnación del laudo

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

Capítulo VIII. Reconocimiento y ejecución de los laudos

Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI SOBRE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**A. Antecedentes de la Ley Modelo**

1. Insuficiencia de las leyes nacionales

2. Disparidad entre las diversas leyes nacionales
- B. Características más destacadas de la Ley Modelo
1. Régimen procesal especial para el arbitraje comercial internacional
 2. Acuerdo de arbitraje
 3. Composición del tribunal arbitral
 4. Competencia del tribunal arbitral
 5. Sustanciación de las actuaciones arbitrales
 6. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones
 7. Impugnación del laudo
 8. Reconocimiento y ejecución de los laudos

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

(Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I)

(Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985)

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

- 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
- 2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
 - b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
 - a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
 - b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

- a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;
- b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
- c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;
- d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el inciso a) del artículo 25 y el inciso a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una

convención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

Artículo 3. Recepción de comunicaciones escritas

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;

b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Artículo 6. Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por...

[Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la ley modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones].

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10. Número de árbitros

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 11. Nombramiento de los árbitros

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo,
 - a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;
 - b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,
 - a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) ó 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 12. Motivos de recusación

- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
- 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Artículo 13. Procedimiento de recusación

- 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.
- 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras est é pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. Determinación del procedimiento

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 20. Lugar del arbitraje

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones

entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Artículo 22. Idioma

1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Artículo 23. Demanda y contestación

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Artículo 25. Rebeldía de una de las partes

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;

b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral

a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;

b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u

oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar perito para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACION DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrario y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 30. Transacción

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 31. Forma y contenido del laudo

1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Artículo 32. Terminación de las actuaciones

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:

a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;

b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;

c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) ó 3) del presente artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARIA DE LA CNUDMI SOBRE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 período anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".

2. La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

3. Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje.

Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados.

A. ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO

4. La Ley Modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas.

1. Insuficiencia de las leyes nacionales

5. El análisis mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disparidades no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes, que a veces datan del siglo XIX y que equiparan, a menudo, el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas.

Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes. Incluso la mayor parte de las leyes que, al parecer, son modernas y completas, se redactaron teniendo presente fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.

6. Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje "específico", se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje, a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje.

2. Disparidad entre las diversas leyes nacionales

7. Los problemas y las consecuencias no deseadas, originadas por disposiciones imperativas o supletorias o por la falta de disposiciones pertinentes, se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales sobre el proceso arbitral difieren ampliamente. Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros y con los que no están familiarizadas. Para la parte o partes en cuestión puede resultar costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.

8. La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no sólo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar del arbitraje. Por las razones indicadas es perfectamente posible que una de las partes no se decida o se niegue a aceptar un lugar que de lo contrario, por razones prácticas, sería procedente en el caso concreto. Por consiguiente, la adopción por los Estados de la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para partes de Estados y ordenamientos jurídicos diferentes, aumentaría las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

B. CARACTERÍSTICAS MAS DESTACADAS DE LA LEY MODELO

1. Régimen procesal especial para el arbitraje comercial internacional

9. Los principios y soluciones concretas adoptados en la Ley Modelo tienen como objetivo reducir o eliminar los problemas y dificultades indicados. Como respuesta a las insuficiencias y disparidades de las leyes nacionales, la Ley Modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta a ningún tratado pertinente en vigor en el Estado que la adopta. Aunque la uniformidad sólo es necesaria respecto de los casos internacionales, los Estados pueden tener también interés en actualizar y perfeccionar la ley de arbitraje en relación con los casos que no tengan ese carácter y proceder, en función de ese interés, a promulgar una legislación moderna basada en la

Ley Modelo para ambos tipos de casos.

a) Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

10. La Ley Modelo define como internacional un arbitraje si "las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes" (párrafo 3) del artículo 1). La inmensa mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio. Además, un arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

11. En lo que respecta a la expresión "comercial", no es posible dar una definición estricta. El artículo 1 incorpora una nota en la que se pide "una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no". La nota de pie de página al artículo 1 contiene a continuación una lista de ejemplos de relaciones que deben considerarse comerciales, con lo que hace hincapié en la amplitud interpretativa que se propone, e indica que lo que la ley nacional pueda considerar "comercial" no es un factor determinante.

12. Otro aspecto de la aplicabilidad es el relativo a lo que podría denominarse ámbito territorial de aplicación. Conforme al párrafo 2) del artículo 1, la Ley Modelo en la forma en que haya sido promulgada en un Estado determinado se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado. Pero hay una excepción importante y lógica. El párrafo 1) del artículo 8 y el artículo 9, que se refieren al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas provisionales cautelares, y los artículos 35 y 36 sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, tienen un alcance mundial, es decir, se aplican independientemente de que el lugar del arbitraje esté en ese Estado o en otro Estado y, en cuanto a los artículos 8 y 9, aunque el lugar del arbitraje todavía no se haya determinado.

13. El criterio estrictamente territorial, que rige la mayor parte de las disposiciones de la Ley Modelo, se adoptó en aras de la certidumbre y habida cuenta de las siguientes circunstancias. La gran mayoría de las leyes nacionales considera al lugar del arbitraje como criterio exclusivo y, cuando facultan a las partes para elegir la ley procesal de un Estado que no es aquél donde se sustancia el arbitraje, se ha observado que las partes rara vez hacen uso de esa facilidad en la práctica. La Ley Modelo, por su contenido liberal, hace menos necesario aún elegir una ley "extranjera" en lugar de la Ley (Modelo) del lugar del arbitraje, sobre todo porque otorga a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley "extranjera" siempre que no haya conflicto con las pocas disposiciones imperativas de la Ley Modelo. Además, el criterio territorial estricto tiene considerables ventajas prácticas en lo que respecta a los artículos 11, 13, 14, 16, 27 y 34, que encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje.

b) Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales

14. Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales.

15. Con este espíritu, la Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer grupo comprende el nombramiento, la recusación y terminación del mandato de los árbitros (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo,

institución arbitral, cámara de comercio). Un segundo grupo comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (artículos 8 y

9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).

16. Fuera de los casos previstos en esos dos grupos "en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal". Ello se declara en el innovador artículo 5, que no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al lector y al usuario que encontrará en esta Ley todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Sobre todo los lectores y usuarios extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley.

2. Acuerdo de arbitraje

17. El capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo de arbitraje y su reconocimiento por los tribunales judiciales. Las disposiciones siguen muy de cerca al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) (denominada en adelante "Convención de Nueva York de 1958"), con varias aclaraciones útiles adicionales.

a) Definición y forma del acuerdo de arbitraje

18. El párrafo 1) del artículo 7 reconoce la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente ("*compromis*") o futura ("*clause compromissoire*"). En algunas legislaciones nacionales este último tipo de acuerdo no tiene plena eficacia.

19. Aunque en la práctica se encuentran acuerdos verbales de arbitraje y algunas legislaciones nacionales los admiten, el párrafo 2) del artículo 7 sigue a la Convención de Nueva York de 1958 al exigir que consten por escrito. Dicho párrafo amplía y aclara la definición de la forma escrita del párrafo

2) del artículo II de esa Convención pues agrega "télex u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo", comprende la situación análoga a un acuerdo de arbitraje, cuando hay "un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra", y prevé que "la referencia hecha en un contrato a un documento" (por ejemplo, condiciones generales) "que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

b) El acuerdo de arbitraje y los tribunales judiciales

20. Los artículos 8 y 9 tratan dos aspectos importantes de la compleja cuestión de la relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales. En virtud del párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que sigue el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede hacer a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Aunque esta disposición, en el caso de que sea aprobada por un Estado cuando adopta la Ley Modelo, por su naturaleza sólo obligue a los tribunales de ese Estado, no se limita a los acuerdos que prevén el arbitraje en ese Estado y, por lo tanto, facilita el reconocimiento y la eficacia mundiales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional.

21. El artículo 9 enuncia el principio de que ninguna medida cautelar provisional que se solicite de los tribunales judiciales en virtud de las leyes procesales nacionales (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Al igual que el artículo 8, esta disposición se destina a los tribunales de un determinado Estado, en cuanto dispone que la concesión de medidas provisionales es compatible con un acuerdo de arbitraje, independientemente del lugar del arbitraje. En la medida en que dispone que es compatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite esa medida de un tribunal judicial, el artículo 9 se aplicaría prescindiendo de si la solicitud se hace a un tribunal de un Estado determinado o de cualquier otro país. Dondequiera que pueda formularse esa

solicitud, no podrá invocarse, en virtud de la Ley Modelo, como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje.

3. Composición del tribunal arbitral

22. El Capítulo III contiene varias disposiciones detalladas sobre el nombramiento, la recusación, la terminación del mandato y la sustitución de los árbitros. El capítulo refleja el criterio adoptado en la Ley Modelo para eliminar las dificultades que resultan de leyes o normas inadecuadas o fragmentarias. Ese enfoque consiste, en primer lugar, en reconocer la libertad de las partes para determinar, haciendo referencia a un conjunto de normas de arbitraje o mediante un acuerdo especial, el procedimiento que se seguirá, respetando los requisitos fundamentales de equidad y justicia. En segundo lugar, si las partes no han hecho uso de esa libertad para establecer normas de procedimiento o no han resuelto determinada cuestión, la Ley Modelo asegura, mediante una serie de normas supletorias, que el arbitraje pueda comenzar y proceder con eficacia a la solución de la controversia.

23. Si en virtud de cualquier procedimiento convenido por las partes o fundado en las normas supletorias de la Ley Modelo se plantean dificultades en el proceso de nombramiento, recusación o terminación del mandato de un árbitro, los artículos II, I3 y I4 prevén la asistencia de los tribunales judiciales o de otras autoridades. En vista de la urgencia del asunto y a fin de reducir el riesgo y las consecuencias de cualquier táctica dilatoria, las partes podrán recurrir en forma inmediata dentro de un breve plazo, y la decisión será inapelable.

4. Competencia del tribunal arbitral

a) Facultad para decidir acerca de su competencia

24. El párrafo I) del artículo I6 adopta los dos importantes principios (aún no generalmente reconocidos) de "*Kompetenz-Kompetenz*" y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria. El tribunal arbitral puede decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, y la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no traerá aparejada de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Las disposiciones detalladas que contiene el párrafo 2) requieren que las excepciones relacionadas con la competencia de los árbitros se opongan lo antes posible.

25. La competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, esto es, sobre el fundamento mismo de su mandato y atribuciones, está, por supuesto, sometida a la supervisión judicial.

Si el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declara competente, el párrafo 3) del artículo I6 prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo. No obstante, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial. En los casos menos frecuentes en que el tribunal arbitral combina su decisión acerca de la competencia con un laudo sobre el fondo, podrá recurrirse a la revisión judicial de la cuestión de la competencia en el procedimiento de nulidad, previsto en el artículo 34, o en el de ejecución, previsto en el artículo 36.

b) Facultad de ordenar medidas provisionales cautelares

26. A diferencia de algunas leyes nacionales, la Ley Modelo faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17). Cabe observar que el artículo no prevé la ejecución de esas medidas; los Estados que adopten la Ley Modelo podrán disponer acerca de la asistencia judicial a este efecto.

5. Sustanciación de las actuaciones arbitrales

27. El capítulo V proporciona el marco jurídico para la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales. Comienza con dos disposiciones que expresan los principios básicos que inspiran las actuaciones arbitrales que se rigen por la Ley Modelo. El artículo 18 establece los requisitos fundamentales de justicia procesal y el artículo 19 los derechos y atribuciones para determinar las normas de procedimiento.

a) Derechos procesales fundamentales de las partes

28. El artículo 18 consagra el principio básico de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Otras disposiciones aplican y concretan ese principio básico con respecto a determinados derechos fundamentales de las partes. El párrafo 1) del artículo 24 estipula que, salvo que las partes hubiesen convenido válidamente que no se celebrarían audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes. Debe observarse que el párrafo 1) del artículo 24 se refiere sólo al derecho general de las partes a la celebración de audiencias (como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas) y no contempla aspectos procesales tales como la duración, el número o el momento de las audiencias.

29. Otro derecho fundamental de las partes a ser oídas y hacer valer sus derechos se relaciona con las pruebas presentadas por un perito nombrado por el tribunal arbitral. En virtud del párrafo 2) del artículo 26, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos, si así lo solicita una de las partes o el tribunal arbitral lo considera necesario. Otra disposición destinada a garantizar la equidad, objetividad e imparcialidad es el párrafo 3) del artículo 24, que estipula que de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte, y que deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión. A fin de que las partes puedan presentarse en las audiencias o en cualquier reunión del tribunal arbitral a efectos de inspección, su celebración se les notificará con suficiente antelación (párrafo 2) del artículo 24).

b) Determinación del procedimiento

30. El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas.

31. La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno y sin el riesgo antes mencionado de la frustración. La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba.

Además, proporciona un medio para solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje o en la Ley Modelo.

32. Aparte de las disposiciones generales del artículo 19, hay algunas disposiciones especiales que adoptan el mismo criterio de reconocer a las partes autonomía y, a falta de acuerdo, facultar al tribunal arbitral para decidir la cuestión. Ejemplos que revisten especial importancia práctica en los casos internacionales son el artículo 20, sobre el lugar del arbitraje, y el artículo 22, sobre el idioma de las actuaciones.

c) Rebeldía de una de las partes

33. Sólo si se han hecho las notificaciones debidas, las actuaciones arbitrales podrán continuar en ausencia de una de las partes. Esto se aplica, sobre todo, cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales sin invocar causa suficiente (inciso c) del artículo 25). El tribunal arbitral podrá también continuar las actuaciones cuando el demandado no presente su contestación, mientras que no es necesario que prosigan las actuaciones si el demandante no presenta su demanda (incisos a) y b) del artículo 25).

34. Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral a cumplir sus funciones incluso si una de las partes no participa pues, como se ha observado, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar y agilizar las actuaciones. En consecuencia, las disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.

6. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

a) Normas aplicables al fondo del litigio

35. El artículo 28 trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho sustantivo. A tenor del párrafo l), el tribunal arbitral decide el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes.

Esta disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley, es decir la ley nacional, que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

36. Conforme al párrafo 3) del artículo 28, las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio ex aequo et bono o como amigable componedor. Por el momento este tipo de arbitraje no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos jurídicos y no existe una interpretación uniforme en lo que respecta al alcance exacto de las atribuciones del tribunal arbitral. Cuando las partes prevean que pueden suscitarse dudas al respecto, tal vez les interese aclararlas en el acuerdo de arbitraje confiriendo una autorización más precisa al tribunal arbitral. El párrafo 4) aclara que, en todos los casos, es decir, incluido el arbitraje ex aequo et bono, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

b) Pronunciamiento del laudo y otras decisiones

37. En sus normas sobre el pronunciamiento del laudo (artículos 29 a 31), la Ley Modelo presta especial atención al supuesto, bastante frecuente, de que el tribunal arbitral esté integrado por varios árbitros (especialmente tres). Establece que, en ese caso, todo laudo u otra decisión se adoptarán por la mayoría de los árbitros, con la salvedad de las cuestiones de procedimiento, sobre las que podrá decidir el árbitro presidente. El principio mayoritario se aplica también a la firma del laudo, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

38. El párrafo 3) del artículo 31 establece que constará en el laudo el lugar del arbitraje, y que el laudo se considerará dictado en ese lugar. En lo que respecta a esa presunción, cabe señalar que el pronunciamiento definitivo del laudo constituye un acto jurídico, que en la práctica no tiene por qué consistir en un único acto, sino que puede desarrollarse mediante deliberaciones en diversos lugares, conversaciones telefónicas o por correspondencia; sobre todo, no es necesario que el laudo sea firmado por los árbitros en un mismo lugar.

39. El laudo arbitral debe dictarse por escrito con indicación de su fecha. Debe también ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes, es decir, de un laudo que haga constar la transacción a que hayan llegado aquéllas. Cabe añadir que la Ley Modelo no exige ni prohíbe los "votos reservados".

7. Impugnación del laudo

40. Las leyes nacionales sobre arbitraje, que a menudo equiparan los laudos a las decisiones judiciales, establecen varios recursos contra los laudos arbitrales, con plazos diversos y por lo general dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico. La Ley Modelo intenta mejorar esa situación, que es motivo de grave preocupación para quienes intervienen en el arbitraje comercial internacional.

a) La petición de nulidad como único recurso

41. La primera medida para mejorar esa situación consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros recursos establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate. La petición de nulidad al amparo del artículo 34 debe formularse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción del laudo. Habría que señalar que "recurir" significa "impugnar" activamente el laudo; nada impide, naturalmente, que una de las partes trate de obtener el control judicial por vía de excepción en el procedimiento de ejecución (artículo 36). Además, "recurso" significa recurso a un tribunal judicial, es decir a un órgano del poder judicial de un Estado; pero nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en algunos intercambios de productos básicos).

b) Motivos de nulidad

42. Otro perfeccionamiento introducido por la Ley Modelo es que establece una lista taxativa de motivos por los que un laudo puede declararse nulo. Esa lista coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o éste no sea válido; que no se haya notificado a una de las partes la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, a la Ley Modelo y que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público, supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal.

43. En la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) se adoptó ya ese paralelismo de los motivos de nulidad con los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para la denegación del reconocimiento y la ejecución. A tenor del artículo IX de la primera de las convenciones citadas, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por un motivo distinto de los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 no constituirá una causa para denegar su ejecución. La Ley Modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad.

44. Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo coinciden casi exactamente con los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución, habría que señalar dos diferencias prácticas. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate (p. ej. Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York y al apartado v) del inciso a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo.

8. Reconocimiento y ejecución de los laudos

45. El octavo y último capítulo de la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Sus disposiciones reflejan la importante decisión política de que se aplicarán las mismas normas a los laudos arbitrales hayan sido dictados en el país de la ejecución o en otro país, y de que esas normas seguirán muy de cerca la Convención de Nueva York de 1958.

a) Hacia el tratamiento uniforme de todos los laudos con prescindencia del país en que fueron dictados

46. Al tratar a los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo traza una nueva línea demarcatoria entre los laudos "internacionales" y "no internacionales", en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos "extranjeros" y "nacionales". Esta nueva línea se funda en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se substancian las actuaciones. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos "internacionales", sean "extranjeros" o "nacionales", se regirán por las mismas disposiciones.

47. Al estipular normas sobre el reconocimiento y la ejecución que siguen el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa afortunada Convención sin entrar en conflicto con él.

b) Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución

48. En virtud del párrafo 1) del artículo 35, todo laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, en conformidad con las disposiciones del párrafo 2) del artículo 35 y del artículo 36 (que establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución). Habida cuenta de la limitada importancia del lugar del arbitraje en los

casos internacionales, como ya se ha señalado, y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se ha incluido a la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución.

49. La Ley Modelo no fija detalles procesales para el reconocimiento y la ejecución pues no hay ninguna necesidad práctica de unificarlos, y porque constituyen una parte intrínseca del derecho y la práctica procesales de cada país. La Ley Modelo simplemente establece algunos requisitos para obtener la ejecución: petición por escrito, acompañada del laudo y del acuerdo de arbitraje (párrafo 2) del artículo 35).

c) Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

50. Como se observó antes, los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York. Salvo que, en virtud de la Ley Modelo, esos motivos resultan aplicables no sólo a los laudos extranjeros sino a todos los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional. Si bien algunas disposiciones de esa Convención, especialmente en cuanto a su redacción, podrían ser mejoradas, sólo se modificó el primer motivo de la lista (esto es "que las partes en el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable") pues se consideró que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos. Pero en general, se estimó conveniente adoptar en pro de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante Convención.

Puede solicitarse más información sobre la Ley Modelo a:

Secretaría de la CNUDMI
Centro Internacional de Viena
P.O. Box 500
A-1400 Viena
Austria
Télex: 135612 uno a
Teléfono: (43)(1) 21345 4060
Telefax: (43)(1) 21345 5813



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

EN SALA CONSTITUCIONAL
Exp. N° 12-0136

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 16 de enero de 2012 fue recibido en la Secretaría de esta Sala Constitucional, mediante oficio N° 2011-478 del 14 de diciembre de 2011, el expediente N° A-11-1363 cursante en el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, contenido de la acción de amparo constitucional intentada el 17 de noviembre de 2011 por los abogados Henry Torrealba Ledesma, Gabriel de Jesús Goncalves y Johanán Ruiz Silva, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 11.568, 71.182 y 112.077, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil **PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, S.C.A.**, inscrita en el Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda el 11 de mayo de 2001, bajo el N° 3, Tomo 541-A, contra la decisión dictada por los árbitros José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas el 17 de mayo de 2011, en el marco del procedimiento arbitral existente entre la mencionada sociedad de comercio y la sociedad mercantil Representaciones Soliempack, C.A.

Tal remisión obedece al recurso de apelación ejercido por el abogado Johanán Ruiz Silva, el 8 de diciembre de 2011, contra la decisión dictada por el juzgado remitente el 7 de diciembre de 2011, que declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional interpuesta.

El 24 de enero de 2012, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada doctora Carmen Zuleta de Merchán, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 17 de febrero de 2012, el abogado Johanán Ruiz Silva presentó escrito de fundamentación de la apelación.

El 24 de febrero de 2012, la abogada Flor Karina Zambrano Franco, en su carácter de apoderada judicial de Representaciones Soliempack, C.A., tercero interesado, presentó escrito mediante el cual adujo que la acción de amparo intentada constituye un fraude procesal para evitar cumplir la condena del laudo arbitral y solicitó su inadmisibilidad.

El 3 de mayo de 2012, el abogado Johanán Ruiz Silva solicitó que se declare improcedente la solicitud anterior.

El 9 de mayo de 2012, el abogado Johanán Ruiz Silva solicitó que se declare con lugar la apelación.

Efectuada la lectura del expediente, procede esta Sala a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I

FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE AMPARO

Los apoderados judiciales de la accionante alegan como fundamentos de la acción de amparo ejercida, los siguientes argumentos:

Que interponen acción de amparo constitucional en “(...) *contra de la decisión dictada el 17 de mayo de 2011 por los Árbitros (sic) José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas en el marco del procedimiento arbitral existente entre nuestra representada P&G [Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A., en lo sucesivo denominada P&G] y la demandante REPRESENTACIONES SOLIEMPACK, C.A. (...), derivada del contrato de empaquetado de productos (conocido como ‘maquilado’) que ambas partes suscribieron el 10 de agosto de 1998, decisión en la cual los mencionados Árbitros (sic) declararon la improcedencia de las recusaciones que ambas partes formularon contra el Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio (...)*” (Corchetes añadidos).

Que “[e]l 21 de junio de 2007 el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito admitió la demanda arbitral intentada por Soliempack contra P&G por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios. En dicha demanda Soliempack alegó que P&G, en su carácter de sucesora de Compañía Gillette de Venezuela, C.A., incumplió el contrato de empaquetado de productos que ambas partes suscribieron el 10 de agosto de 1998 (...) al haberlo terminado supuestamente de forma unilateral. El 10 de julio de 2007 P&G presentó, ante el referido Juzgado Octavo, escrito de ratificación del compromiso arbitral y de contestación a la demanda presentada por Soliempack”.

Que “[e]n audiencia celebrada ante el Juzgado Octavo el 19 de octubre de 2007 las partes designaron a dos (2) de los Árbitros (sic), quienes posteriormente designaron al tercer Árbitro-Presidente (sic) del Tribunal Arbitral. El 28 de octubre de 2009 se constituyó el Tribunal Arbitral, momento en el cual el Juzgado Octavo hizo entrega del expediente a los Árbitros (sic) para la sustanciación y decisión del arbitraje”.

Que “[...] la cláusula compromisoria que vinculaba a las partes del Contrato (sic), a pesar de haber sido celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, expresamente sometía el procedimiento arbitral a las disposiciones legales sobre arbitramento contenidas en los artículos 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En efecto, la Cláusula de Arbitraje del Contrato (sic) establecía lo siguiente:

‘cualquier reclamo, diferencia, disputa o discrepancia (en lo sucesivo controversia) que puedan surgir entre las partes, ambas partes se comprometen a someter la controversia a un arbitraje obligatorio de derecho que será realizado conforme a las disposiciones de los artículos 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, eligiéndose como domicilio a la ciudad de Caracas’”.

Que “[e]s por esa razón que el procedimiento arbitral, a pesar de su naturaleza comercial, fue sustanciado ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria (...), constituyendo un arbitraje ad-hoc tramitado bajo el control y supervisión del Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta misma Circunscripción Judicial, en ejecución de lo dispuesto por las normas sobre arbitramento contenidas en el Código de Procedimiento Civil, normas escogidas por las partes en base a la autonomía de sus voluntades”.

Que “[e]l 25 de enero de 2010 se celebró la primera audiencia de trámite, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje Comercial, audiencia en la cual se acordó la preparación de un Acta de Misión en la cual quedarían determinados los puntos litigiosos del arbitraje y el procedimiento para sustanciar la etapa probatoria, acta que fue suscrita el 1° de marzo de 2011”.

Que “[e]l 12 de abril de 2011 P&G recusó al Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio con fundamento en lo establecido en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. El 14 de abril de 2011 Soliempack también recusó al Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio con fundamento en el numeral 4 del mencionado artículo 82. El 17 de mayo de 2011 los Árbitros (sic) José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas, infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el arbitramento del Código de Procedimiento Civil que

regulaba este arbitraje, dictaron una providencia declarando sin lugar ambas recusaciones, decisión ésta contra la cual se intenta el presente amparo constitucional. Vale decir que P&G, consciente como estaba de la ilegalidad de dicha decisión pero ante la ausencia de recursos ordinarios de impugnación inmediatos, consignó en el expediente el 18 de mayo de 2011, es decir, al día siguiente de la indicada decisión, un escrito dejando constancia expresa de su disconformidad con el contenido del pronunciamiento antes mencionado y reservándose el ejercicio de los derechos que le asisten para impugnar en el momento que corresponda dicha decisión”.

Que “[l]uego de sustanciada la etapa probatoria del procedimiento, las partes presentaron sus informes orales el 10 de junio de 2011, fijando el Tribunal como fecha de publicación del laudo el 15 de agosto de 2011. Luego de dos prórrogas consecutivas, el laudo arbitral fue publicado el 10 de octubre de 2011 y notificado a P&G el 11 de octubre de 2011. El laudo declaró parcialmente con lugar la demanda de indemnización de daños y perjuicios de Soliempack, condenando a P&G al pago de Cuatro Millones Ochocientos Cuarenta y Un Mil Novecientos Quince Bolívares con Sesenta y Siete Céntimos (Bs. 4.841.915,67) por concepto de lucro cesante y daño emergente derivados del supuesto incumplimiento contractual que el laudo atribuye a P&G. En fecha 13 de octubre de 2011 P&G solicitó aclaratoria del laudo arbitral, aclaratoria decidida por el Tribunal Arbitral mediante providencia de fecha 28 de octubre de 2011 notificada a nuestra representada el 1 de noviembre de 2011”.

Que “[l]os Árbitros (sic) que dictaron la Decisión (sic) Lesiva (sic) actuaron fuera de su competencia y usurparon la autoridad y funciones del Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de esta misma Circunscripción Judicial al pronunciarse sobre las recusaciones formuladas por las partes contra uno de los Árbitros (sic) cuando dicha decisión le correspondía de manera exclusiva y excluyente al Juzgado Octavo (sic) por expreso mandato del artículo 620 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente es necesario mencionar que en el presente caso no existe un mecanismo procesal ordinario para impugnar la Decisión (sic) Lesiva (sic), esto es, la interlocutoria que decidió las recusaciones del Árbitro (sic) Francisco Paz, ya que en materia de arbitraje, conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial y en las normas de arbitramento del Código de Procedimiento Civil, las decisiones de naturaleza interlocutoria que se dicten en el procedimiento arbitral no están sujetas a recursos, siendo el único recurso ordinario previsto en la ley el de nulidad que procede contra el laudo definitivo y que [su] representada habrá de ejercer”.

Que la “(...) solicitud de amparo cumple con los extremos de admisibilidad a que se refiere el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo (sic) ya que (i) la violación constitucional no ha cesado, muy por el contrario, se materializó al haber sido P&G finalmente juzgada por el Árbitro (sic) Francisco Paz quien, a pesar de no reunir los requisitos de idoneidad e imparcialidad y a pesar de que su recusación no fue decidida por la autoridad designada por la ley para tal fin, emitió pronunciamiento como Árbitro (sic) en el laudo arbitral dictado en el procedimiento, laudo en el cual el voto del mencionado Árbitro (sic) resultó fundamental por cuanto la sentencia de condena emitida en contra de P&G fue dictada por mayoría simple, 2 a 1, siendo decisivo el voto favorable del Árbitro (sic) Francisco Paz en la decisión que condenó a P&G al pago de casi Cinco Millones de Bolívares, (ii) no ha transcurrido el plazo de caducidad de la acción de amparo ni [su] representada ha consentido las violaciones a sus derechos constitucionales, y (iii) no existe (...), ningún medio ordinario que permita per se el restablecimiento de la situación jurídica infringida mediante la anulación de los efectos de la Decisión (sic) Lesiva (sic)”.

Que “(...) P&G, antes de intentar el presente amparo constitucional, esperó hasta el pronunciamiento del laudo arbitral para comprobar si dicho laudo reparaba el gravamen producido por la Decisión (sic) Lesiva (sic), por cuanto si el laudo declaraba la improcedencia de la demanda arbitral obviamente se habría subsanado la situación jurídica infringida y las violaciones constitucionales cometidas por la Decisión (sic) Lesiva (sic). Sin embargo, al haber declarado el laudo parcialmente con lugar la demanda arbitral, condenando a P&G al pago de casi Cinco Millones de Bolívares, y al haber resultado decisiva la participación en dicho laudo del Árbitro (sic) Francisco Paz ya que su voto fue el que finalmente hizo la diferencia para que el laudo declarara procedente la pretensión arbitral contra nuestra representada, resulta evidente que las violaciones constitucionales cometidas por la Decisión (sic) Lesiva (sic) lejos de haber cesado, por el contrario se materializaron de forma absolutamente gravosa para P&G en el laudo definitivo que se dictó en el procedimiento arbitral”.

Que mediante escrito del 12 de abril de 2011 Procter & Gamble de Venezuela S.C.A. recusó al árbitro Francisco Paz Yanastacio, designado por la representación judicial de Soliempack, C.A., con fundamento en que: “(...) el Árbitro (sic) Francisco Paz y los abogados Alfredo Romero y Enrique Troconis, apoderados de Soliempack en el arbitraje, ejercieron representación conjunta de varios clientes en distintos juicios (...)”.

Que “(...) entre el árbitro Francisco Paz y los apoderados judiciales de la actora Soliempack existió una sociedad de intereses profesionales que incapacitaba al abogado Francisco Paz para actuar como Árbitro (sic) en ese procedimiento. Vale mencionar que todos esos poderes se encuentran plenamente vigentes ya que el Árbitro (sic) Francisco Paz nunca renunció a la representación judicial que se le otorgaba en ellos. Adicionalmente P&G consignó en autos un ejemplar de un trabajo jurídico publicado conjuntamente por el Árbitro (sic) Francisco Paz y por el apoderado de Soliempack Alfredo Romero, evidenciando no sólo la existencia de una sociedad de intereses entre ellos sino de una amistad muy cercana como la que se requiere para preparar y publicar conjuntamente ensayos y obras jurídicas”.

Que “[e]stas circunstancias, sobrevenidamente conocidas por P&G durante la sustanciación del arbitraje y denunciadas inmediatamente al ser conocidas por nuestra representada, evidencian la existencia de la causal de recusación contenida en el ordinal 12° del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y, en tal sentido, procedi[eron] en nombre de P&G a recusar de inmediato al Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio. Resulta necesario mencionar que el artículo 36 de la Ley de Arbitraje Comercial en su primer aparte establece que ‘la parte que tenga motivo para recusar a alguno de los árbitros por causales desconocidas en el momento de la instalación del tribunal arbitral, deberá manifestarlo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de la causal, mediante escrito presentado ante el tribunal arbitral’. En [su] recusación expresamente indica[ron] que la causal por la que recusa[ron] al Árbitro (sic) Francisco Paz fue conocida por [ellos] luego de haberse producido la constitución del Tribunal Arbitral y la hici[eron] saber de inmediato, dentro del plazo de cinco (5) días a que se refiere la disposición legal antes mencionada, una vez tuvi[eron] conocimiento de los hechos en que fundamenta[ron] la recusación, razón por la cual opera el supuesto de la norma antes citada conforme al cual [su] recusación no puede ser calificada de extemporánea, como lo alegó el Árbitro (sic) Francisco Paz al momento de manifestar su rechazo a dicha recusación (...)” (corchetes añadidos).

Que “(...) el 14 abril de 2011 la representación judicial de la actora Soliempack procedió también a recusar al Árbitro Francisco Paz con fundamento en la causal contenida en el ordinal 4° del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, alegando que un familiar en grado de afinidad del mencionado Árbitro (sic) tenía interés en las resultas del juicio por encontrarse laborando para P&G. Vale la pena mencionar que esos hechos que configuran una nueva causal de recusación fueron mencionados por el Árbitro (sic) Francisco Paz luego de la recusación que le propuso nuestra representada, lo cual fue obviado antes por dicho Árbitro (sic) al igual que obvió la sociedad de intereses con los apoderados actores”.

Que “(...) ambas partes manifestaron expresamente su voluntad de no querer ser juzgados por el Árbitro (sic) Francisco Paz y solicitaron expresamente a dicho Árbitro (sic) su separación del procedimiento por no considerarlo hábil para decidir la controversia existente entre ellas. Estas circunstancias constituían razón más que suficiente para que el Árbitro (sic) Francisco Paz se separara inmediatamente del conocimiento de la causa o, en todo caso, para que el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial, al que correspondía decidir las recusaciones conforme a lo establecido en el artículo 620 del Código de Procedimiento Civil, las declarase con lugar a fin de respetar la voluntad expresa de las partes de no someterse a las decisiones del abogado Francisco Paz como Árbitro (sic)”.

Que “(...) a pesar de que ambas partes solicitaron su separación del cargo, el 10 de mayo de 2011 el Árbitro (sic) Francisco Paz sorpresivamente se negó a tal solicitud y rechazó las recusaciones formuladas por ambas partes, solicitando a los otros dos Árbitros (sic) que las recusaciones fuesen desechadas. Posteriormente, el 17 de mayo de 2011 los otros dos Árbitros (sic) que conformaban el panel arbitral dictaron, sin tener competencia para ello, una providencia declarando sin lugar las recusaciones propuestas por ambas partes contra el Árbitro (sic) Francisco Paz, basándose exclusivamente en las afirmaciones del referido Árbitro (sic) para desechar los fundamentos de la recusación formulada por P&G a pesar de las pruebas existentes en autos que de forma contundente demostraban la existencia de la sociedad de intereses entre dicho Árbitro (sic) y los apoderados de Soliempack pero lo que resulta aún más grave (...) es que esta decisión violentó lo establecido en el artículo 620 del Código de Procedimiento Civil que expresamente ordena que las recusaciones de Árbitros (sic) en procedimientos regulados por el arbitramento del Código de Procedimiento Civil (como lo es el que nos ocupa en este amparo) **deben ser conocidas y decididas por el Juez ante quien se designaron los Árbitros (sic)**”.

Que “(...) ante la ausencia de los recursos ordinarios de impugnación inmediatos, P&G consignó en el expediente el 18 de mayo de 2011, es decir, al día siguiente de la indicada decisión, un escrito dejando constancia expresa de su disconformidad con el contenido del pronunciamiento antes mencionado y reservándose el ejercicio de los derechos que le asisten para impugnar en el momento que corresponda dicha decisión”.

Que “[a]mbas partes reconocieron la aplicación de las normas de arbitramento contenidas en el Código de Procedimiento Civil, al punto de que la actora Soliempack presentó su demanda arbitral ante los tribunales

de la jurisdicción ordinaria conforme a lo establecido en los artículos 608 y 609 del Código de procedimiento Civil y consecuentemente la designación de los Árbitros fue realizada conforme al Procedimiento establecido en el artículo 610 del mencionado texto legal (...).

Que “[su] representada también reconoció la aplicación de las normas sobre arbitramento del Código Procedimiento Civil al presentar en fecha 10 de julio de 2007 un escrito de aceptación del compromiso arbitral y contestación de la demanda (...).”

Que “(...) el artículo 620 del Código de Procedimiento Civil establece que ‘de la recusación de los árbitros conocerá el mismo Juez ante quien se designen’ (...).”

Que “[e]n consecuencia, todo Arbitraje regido por las normas de arbitramento del Código de Procedimiento Civil implica la obligación de que la recusación de cualquiera de los Árbitros (sic) designados deba ser conocida y decidida por el Juez ante quien dichos Árbitros fueron designados, en este caso ante el Juez Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de esta misma Circunscripción Judicial, Tribunal ante el cual se llevó a cabo la designación de los Árbitros”

Que “[e]n el presente caso, la recusación formalizada por P&G contra el árbitro Francisco Paz, así como la formalizada por Soliempack contra el mismo Árbitro (sic), fue conocida y decidida en manifiesta incompetencia por los otros dos Árbitros (sic) que conformaban el Tribunal Arbitral. En efecto, consta de la providencia dictada el 17 de mayo de 2011, que constituye la Decisión (sic) Lesiva (sic) contra la cual ejerce[n] el presente amparo constitucional, que los Árbitros José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas fueron quienes decidieron la recusación que tanto P&G como Soliempack formalizaron en contra del Árbitro (sic) Francisco Paz, infringiéndose de esta forma el procedimiento legal establecido en el Código de Procedimiento Civil, específicamente en su artículo 620 antes citado, para tramitar las recusaciones de los Árbitros (sic) en procedimientos arbitrales regidos por las normas de arbitramento del Código de Procedimiento Civil. Esta circunstancia constituye una manifiesta violación del procedimiento legal al que estaba sometido el acuerdo arbitral, configurándose la infracción a las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva contenidas en los artículos 49 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).”

Que “(...) la aplicación en el presente caso de un procedimiento distinto al establecido en la ley para sustanciar y decidir la recusación de los Árbitros, usurpando además la incompetencia de un tribunal de la jurisdicción ordinaria, impide que en la resolución de la incidencia de recusación del Árbitro (sic) Francisco Paz se haya aplicado el procedimiento adecuado que garantice la justicia idónea y efectiva a la que se refiere el artículo 26 del texto constitucional y genera automáticamente la infracción del derecho constitucional al debido proceso establecido en el artículo 49 (...).”

Que también se le lesionó los derechos constitucionales al juez natural, a la tutela judicial efectiva y a la justicia transparente e idónea pues “(...) en el presente caso uno de los Árbitros (sic) que conformaron el panel arbitral, específicamente el Árbitro Francisco Paz Yanastacio designado por la demandante Soliempack, se encontraba incurso en una causal de recusación que lo inhabilitaba para ejercer funciones arbitrales en el procedimiento entre P&G y Soliempack. Sin embargo, aún a pesar de tal circunstancia, ni el Árbitro (sic) Francisco Paz reveló la existencia de esa causal ni los apoderados de Soliempack advirtieron tal circunstancia en el procedimiento. No fue sino hasta avanzado el curso de la causa, específicamente en la etapa probatoria, cuando [su] representada se enteró de forma casual, mediante el chequeo en el buscador de sentencias de la página del Tribunal Supremo de Justicia, de los hechos que configuraban la existencia de la causal de recusación, al ubicar una sentencia en la que se identificaba a los abogados Francisco Paz, Alfredo Romero y Enrique Troconis como apoderados de la misma parte, luego de lo cual buscó y ubicó numerosas sentencias de otros diversos juicios en donde dicho carácter de co-apoderados se repetía para diversos clientes. De manera que no se trataba de un hecho aislado sino de una sociedad profesional estable y continua entre los tres abogados mencionados. Al conocer esta situación, como ya alega[ron], P&G procedió de inmediato a denunciar tales hechos recusando formalmente al mencionado Árbitro”.

Que “(...) las circunstancias antes narradas trajeron como consecuencia que P&G terminara siendo juzgada por un juez que no cumplía con los requisitos de imparcialidad e idoneidad requeridos por la ley para juzgarla, ya que la sociedad de intereses que mantiene con los apoderados de la demandante impedían atribuirle la imparcialidad necesaria para juzgar a P&G en un juicio contra los abogados con quienes mantiene dicha sociedad”.

Que: “Resulta pues evidente que el hecho de que P&G haya sido juzgada en arbitraje por un Árbitro (sic) con estos antecedentes constituyó una evidente violación al derecho constitucional de P&G a ser juzgada por su juez natural, contenido en el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Que “(...) al estar incurso el Árbitro Francisco Paz en una causal de recusación que claramente afectaba su imparcialidad para juzgar a P&G en un procedimiento en el cual nuestra contraparte estaba representada por los abogados con quienes mantiene o mantuvo sociedad de intereses, dicha circunstancia vicia de nulidad el procedimiento arbitral y, especialmente, el laudo arbitral que condenó a nuestra representada, con una correlación de votos de 2 contra 1, a pagar casi Cinco Millones de Bolívares más indexación, sobre todo cuando [se] percata[ron] que el voto del Árbitro (sic) Francisco Paz fue el que inclinó la balanza en contra de P&G ya que fue determinante para que el laudo resultara desfavorable a la posición de P&G en el arbitraje”.

Que “(...) la Decisión (sic) Lesiva (sic) rechazó la recusación de P&G aún a pesar de reconocer que ‘la condición de co-apoderados que tuvieron y quizás aún mantienen los abogados Paz Yanastacio, Romero Mendoza y Troconis Sosa respecto de terceros, constituye un indicio de una posible sociedad de intereses’ pero afirmando que ‘no existe ningún otro elemento que dé (sic) fuerza al argumento ni que se concite para probar que en el presente expediente exista un interés común entre los abogados nombrados’. Sin embargo, más adelante la Decisión (sic) Lesiva (sic) señala que el propio Árbitro (sic) Francisco Paz reconoció haber formado parte del mismo escrito jurídico de los abogados Alfredo Romero y Enrique Troconis (apoderados de Soliempack) más sin embargo (sic) concluyen en que este hecho no prueba la sociedad de intereses porque el Árbitro (sic) declaró haber prestado ‘servicios personales en condición de empleado’ y esa afirmación del Árbitro (sic) evidencia que la relación existente entre los 3 abogados fue una relación laboral y no societaria”.

Solicitaron se “(...) decrete medida cautelar innominada mediante la cual se suspendan temporalmente los efectos de la Decisión (sic) Lesiva (sic) dictada el 17 de mayo de 2011 así como los efectos del laudo arbitral dictado el 10 de octubre de 2011 en ejecución a lo establecido por la Decisión (sic) Lesiva (sic)”

Finalmente, pidieron “(...) admitir y sustanciar conforme a derecho la presente acción de amparo constitucional y declararla con lugar en la sentencia de mérito, revocando o declarando inexistente la Decisión (sic) Lesiva (sic) dictada el 17 de mayo de 2011”.

II

DE LA SENTENCIA APELADA

El 7 de diciembre de 2011, el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró inadmisibile la acción de amparo propuesta, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Así las cosas, se aprecia que en el escrito de amparo la representación judicial de la parte accionante en el Capítulo III referido a la admisibilidad de la acción de amparo constitucional señaló lo siguiente:

(Omissis)

Ante los alegatos esgrimidos por la representación judicial de la parte accionante considera prudente quien aquí se pronuncia establecer que la acción de amparo bajo análisis ha sido interpuesta contra una sentencia proveniente de un Tribunal arbitral que conoció en primera instancia de un juicio de cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios; y por tanto, dicha acción de amparo debe cumplir los presupuestos de procedencia previstos en el artículo (sic) 4 de la LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (sic)

(Omissis)

En cuanto a la aplicación e interpretación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales se observa que el citado artículo de la Ley, admite como único presupuesto de procedencia del amparo contra actos jurisdiccionales, además de que haya sido violado un derecho fundamental, que ‘El tribunal de la República hubiese actuado fuera de su competencia’.

La jurisprudencia ha atribuido un sentido muy amplio que abarca múltiples supuestos, y que entiende la incompetencia a la que se refiere la norma antedicha, no respecto de la competencia procesal objetiva material (materia, cuantía y territorio), sino como la competencia relacionada al aspecto constitucional de la función pública que establecen los artículos 136, 137, 138 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(Omissis)

En conclusión, como antes se señaló, el artículo 4º (sic) de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece como requisito de procedencia de la acción de amparo contra sentencia o actuación judicial, la impremitible concurrencia de dos supuestos, a saber: (i) que el tribunal señalado como agraviante haya actuado fuera de su competencia, expresión que conforme a la jurisprudencia de los tribunales de la República, significa actuación con abuso de poder, extralimitación o usurpación de funciones; y (ii) que con esa actuación, se haya infringido un derecho constitucional en la situación jurídica particular del quejoso.

En tal sentido, las presuntas vulneraciones denunciadas referidas a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la garantía de ser juzgado por el Juez natural contenidas en los artículos 26, 49 y 49.4 del texto constitucional, han sido atribuidas por la parte accionante a un Tribunal arbitral constituido ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas al proferir la decisión de fecha 17 de mayo de 2011, que declaró sin lugar las recusaciones intentadas por PROCTER & GAMBLE y por REPRESENTACIONES SOLIEMPACK, C.A. contra el árbitro FRANCISCO PAZ YANASTACIO, la cual fue dictada por los Árbitros JOSÉ TOMÁS BLANCO Y GUSTAVO MATA BORJAS en el marco del procedimiento arbitral iniciado por demanda de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios intentada por REPRESENTACIONES SOLIEMPACK C.A. contra PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, S.C.A.

Ahora bien, el fallo accionado en amparo data de fecha 17/05/2011 y declaró improcedente tanto la recusación planteada por Procter & Gamble de Venezuela S.C.A. como por la Sociedad Mercantil SOLIEMPACK, C.A., así observa éste Tribunal que al resultar interpuesta la acción por escrito de amparo presentado para su distribución en fecha 17/11/2011, el mismo fue interpuesto exactamente al cumplirse los seis (06) meses después de dictada la decisión que constituyó -a decir de la parte accionante- la violación de sus derechos constitucionales, arguyendo que antes de intentar el presente amparo constitucional, esperó hasta el pronunciamiento del laudo arbitral para comprobar si dicho laudo reparaba el gravamen producido por la decisión lesiva, por cuanto si el laudo declaraba la improcedencia de la demanda arbitral se habría subsanado la situación jurídica infringida y las violaciones constitucionales cometidas.

Así las cosas, tenemos que la parte presuntamente agraviada señaló que la cláusula compromisoria que vinculaba a las partes en el contrato, a pesar de haber sido celebrada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, expresamente sometía el procedimiento arbitral a las disposiciones legales sobre arbitramiento contenidas en los artículos 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; que por tal razón el procedimiento arbitral, a pesar de su naturaleza comercial, fue sustanciado ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria constituyendo un arbitraje ad hoc tramitado bajo el control y supervisión del Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta misma Circunscripción Judicial, en ejecución de lo dispuesto por las normas sobre arbitramiento contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Adujo asimismo la representación judicial de la parte accionante que la decisión definitiva de fondo sobre el laudo arbitral in comento fue proferida en fecha 10 de octubre de 2011.

En tal sentido, observa quien aquí se pronuncia que al haberse producido ya la decisión definitiva del laudo en fecha 10/10/2011 quedó abierta para la accionante desde esa misma fecha exclusive la posibilidad del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar incluyendo el de nulidad previsto en los artículos 626 y 627 del Código de Procedimiento Civil; en todo caso en que se hubieran producido vulneraciones constitucionales como consecuencia de la inobservancia de las formalidades sustanciales del procedimiento y que es en definitiva el recurso eficaz, idóneo y legalmente previsto a los fines de la satisfacción íntegra de la pretensión deducida.

Respecto la (sic) inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional cuando el presunto agraviado disponía de recursos ordinarios que no ejerció previamente; la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 1805 de fecha 05 de mayo de 2006, con ponencia del magistrado MARCOS TULLIO DUGARTE, caso: Jorge Morrison Ramírez y Marí Alejandra Álvarez Capriles, respecto la interpretación de la causal de

inadmisibilidad contenida en el numeral 5, del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señaló:

(Omissis)

En atención a todo lo que ha sido expuesto y conforme al criterio jurisprudencial transcrito supra, por cuanto la parte accionante en amparo no alegó ni probó que se vio imposibilitada de ejercer los recursos ordinarios previstos, considera quien aquí se pronuncia que la vía idónea -en éste momento dado que ya se produjo la decisión definitiva del laudo en fecha 10/10/2011- para atacar la decisión que señalan como lesiva que presuntamente violentó su derecho al debido proceso y la garantía de ser juzgado por el Juez natural contenidas en los artículos 26, 49 y 49.4 del texto constitucional, es el propio recurso de nulidad previsto en los artículos 626 y 627 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que fue a dichas normas procesales a las que las partes se comprometieron a someterse en caso de controversia -según lo señalado por los accionantes-, por lo que a criterio de quien aquí se pronuncia la presente acción de amparo se encuentra incurso en la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Y así se decide.

Finalmente con relación a la medida cautelar solicitada por la parte accionante, se hace inoficioso cualquier pronunciamiento sobre la misma dada la inadmisibilidad delatada por éste Tribunal en la presente acción de amparo constitucional. Y así se decide”.

III FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2012, el abogado Johanán Ruíz Silva, en su carácter de apoderado judicial de la accionante, adujo como fundamentos del recurso de apelación interpuesto, los siguientes alegatos:

Que “(...) a diferencia de lo que afirma la sentencia apelada, en el presente caso no existe un mecanismo procesal ordinario para impugnar la Decisión (sic) Lesiva (sic), esto es, la interlocutoria que decidió las recusaciones del Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio, ya que en materia de arbitraje, conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial y en las normas de arbitramento del Código de Procedimiento Civil, las decisiones de naturaleza interlocutoria que se dicten en el procedimiento arbitral no están sujetas a recursos, siendo el único recurso ordinario previsto en la ley el de nulidad que procede exclusivamente contra el laudo definitivo”.

Que “[e]n efecto, no es posible, por no permitirlo así la ley, que se intente un recurso de nulidad contra una decisión de naturaleza interlocutoria que se dicte en la sustanciación de un procedimiento arbitral. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que ‘Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior Competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente’, lo cual claramente evidencia que la única providencia arbitral sujeta al recurso de nulidad es el laudo definitivo. Por esta razón no se encuentra ajustado a derecho el criterio de la sentencia apelada en cuanto a que el recurso de nulidad es el recurso ordinario idóneo para impugnar la providencia interlocutoria dictada en el procedimiento arbitral el 17 de mayo de 2011”.

Que “[r]esulta oportuno mencionar que P&G, antes de intentar el presente amparo constitucional, reservándose expresamente el ejercicio de las acciones legales a las que hubiere lugar según consta en el expediente, esperó hasta el pronunciamiento del laudo arbitral para comprobar si dicho laudo reparaba el gravamen producido por la Decisión (sic) Lesiva (sic), por cuanto si el laudo declaraba la improcedencia de la demanda arbitral obviamente se habría subsanado la situación jurídica infringida y las violaciones constitucionales cometidas por la Decisión (sic) Lesiva (sic). Sin embargo, al haber declarado el laudo parcialmente con lugar la demanda arbitral, condenando a P&G al pago de la casi Cinco Millones de Bolívares, y al haber resultado decisiva la participación en dicho laudo del Árbitro Francisco Paz, ya que su voto fue el que finalmente hizo la diferencia para que el laudo declarara procedente la pretensión arbitral contra [su] representada, resulta evidente que las violaciones constitucionales cometidas por la

Decisión (sic) Lesiva (sic) lejos de haber cesado, por el contrario se materializaron de forma absolutamente gravosa para P&G en el laudo definitivo que se dictó en el procedimiento arbitral”.

Que “[e]s conveniente también señalar que a pesar de haber esperado hasta el pronunciamiento del laudo, con la reserva expresa de las acciones tal y como se hizo constar, el amparo contra la Decisión (sic) Lesiva (sic) fue ejercida dentro del lapso de seis (6) meses siguientes a la fecha en que fue pronunciada la Decisión (sic) Lesiva (sic)”.

Que “(...) el hecho de que P&G, bajo reserva expresa de las acciones a que hubiere lugar contra la Decisión (sic) Lesiva (sic), haya estado esperando hasta el pronunciamiento del laudo para saber si las violaciones constitucionales cometidas por la Decisión (sic) Lesiva (sic) podían ser reparadas no implica que P&G perdiera el derecho de denunciar dichas violaciones constitucionales mediante el ejercicio de la acción de amparo contra la Decisión (sic) Lesiva (sic), como parece interpretar la sentencia apelada. La prudencia y sentido común de P&G de esperar (al menos mientras no se consumara el lapso de caducidad del amparo) a que el laudo pudiera reparar la situación jurídica infringida por la Decisión (sic) Lesiva (sic) sin tener que ejercer innecesariamente un amparo que implica inversión de tiempo y recursos tanto para las partes como para el Estado no puede sancionarse negándole a P&G el derecho que [su] representada se reservó expresamente, de impugnar por vía de amparo una decisión que infringe sus derechos constitucionales, luego de confirmar que dicha reparación no ocurrió en el laudo dictado”.

Que “(...) el hecho de que P&G tenga la posibilidad de intentar el recurso de nulidad contra el laudo arbitral tampoco implica que a P&G se le haya cerrado la vía judicial del amparo como medio para impugnar la providencia interlocutoria que, en franca violación de derechos constitucionales, desechó las recusaciones propuestas contra el Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio. Se trata de dos decisiones distintas, ambas causante de gravámenes para P&G, y al no haber sido reparados por el laudo arbitral los gravámenes constitucionales de la providencia interlocutoria del 17 de mayo de 2011, la acción de amparo contra esta última es admisible por tratarse del único recurso de impugnación que la ley otorga a P&G para denunciar la inconstitucionalidad de la Decisión (sic) Lesiva (sic) y procurar la reparación de la situación jurídica infringida”.

Que “[n]o existe (...) medio directo para impugnar la Decisión (sic) Lesiva (sic), razón por la cual no podía declararse inadmisibile el presente amparo conforme a la causal de inadmisibilidad establecida en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, como erradamente lo declaró el Juzgado Superior Sexto”.

Que “[e]n virtud de las razones antes mencionadas solicita[n] [se declarar] que el amparo intentado por P&G contra la decisión interlocutoria del 17 de mayo de 2011 que desechó las recusaciones formuladas por ambas partes contra el Árbitro (sic) Francisco Paz Yanastacio, en franca violación al procedimiento legal establecido para tal fin y en desconocimiento al derecho al debido proceso y a ser juzgado por su juez natural de P&G, es admisible y, por tanto, declare Con Lugar la presenta (sic) apelación y ordene al Juzgado Superior Sexto que sustancie el procedimiento de amparo conforme a la ley”.

IV DE LA COMPETENCIA

En primer lugar, debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente apelación, y a tal efecto observa:

En virtud de lo dispuesto en la sentencia de esta Sala N° 1 del 20 de enero de 2000, caso: “*Emery Mata Millán*”, en el artículo 25.19 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, reimpresa en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010), y a tenor de lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resulta necesario reiterar que le corresponde a esta Sala Constitucional conocer las apelaciones de las sentencias provenientes de los Juzgados o Tribunales Superiores de la República exceptuando los Superiores en lo Contencioso Administrativo, las Cortes de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, en tanto su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en primera instancia.

Conforme lo anterior, visto que la decisión apelada fue dictada en materia de amparo constitucional por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, esta Sala se declara competente para el conocimiento de la presente apelación. Así se decide.

V

MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

Determinada la competencia, esta Sala procede a pronunciarse acerca de la tempestividad del recurso de apelación interpuesto el 8 de diciembre de 2011 por el abogado Johanán Ruiz Silva, en su carácter de apoderado judicial de la accionante, ejercido contra la sentencia dictada por el *a quo* constitucional el 7 de diciembre de 2011. En tal sentido, siguiendo el criterio fijado en la sentencia N° 501 del 31 de mayo de 2000 (caso: *Seguros Los Andes*) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre los Derechos y Garantías Constitucionales, el lapso de tres días prescrito en la señalada norma feneció el 12 de diciembre de 2011, por lo cual se estima que la apelación fue interpuesta tempestivamente. Así se declara.

Asimismo, con relación a la tempestividad del escrito contentivo de los fundamentos de la apelación ejercida, se constata que el 24 de enero de 2012 se dio cuenta en Sala del expediente, y el aludido escrito fue consignado el 17 de febrero de 2012 por el apoderado judicial de la accionante, razón por la cual declara que fue presentado de manera tempestiva, al hacerlo dentro del lapso de los treinta (30) días previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; en tal virtud, se analizarán los alegatos efectuados por dicha representación judicial en el referido escrito, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala (*Vid.* Sentencia N° 442 del 4 de abril de 2001, caso: *Estación de Servicio Los Pinos S.R.L.*).

En el caso *sub examine*, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A. interpusieron acción de amparo constitucional contra la decisión dictada el 17 de mayo de 2011 por los árbitros José Tomás Blanco y Gustavo Mata Borjas, que declaró improcedente la recusación del Árbitro Francisco Paz Yanastacio, propuesta por las partes en el marco del procedimiento arbitral que tuvo su origen en la cláusula compromisoria establecida en el contrato de empaquetado de productos, suscrito el 10 de agosto de 1998, entre la sociedad mercantil Soliempack, C.A. y su sucesora, Compañía Gillette de Venezuela C.A., compromiso arbitral que no fue cuestionado por las partes en conflicto.

A tal efecto, los apoderados judiciales de la accionante alegaron que el 12 de abril de 2011 recusaron al árbitro Francisco Paz Yanastacio, con fundamento en la causal establecida en el cardinal 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, al considerar que el árbitro nombrado por los miembros del tribunal arbitral mantiene sociedad de intereses con los abogados Alfredo Romero y Enrique Troconis (apoderados judiciales de Soliempack, C.A.), por ejercer la representación conjunta de clientes en causas que cursan ante los Tribunales de la República y haber publicado ensayos en revistas jurídicas. Asimismo, adujeron que la representación judicial de la sociedad de comercio Soliempack C.A. también recusó al referido árbitro, de conformidad con lo establecido en el cardinal 4 del artículo 82 *eiusdem*, alegando que el recusado tiene interés en las resultados del pleito, debido a que un familiar en grado de afinidad prestó servicios para Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Por su parte, el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró inadmisibile la acción de amparo interpuesta, con fundamento en lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, bajo el argumento de que al ser proferida, el 10 de octubre de 2011, la decisión definitiva del laudo arbitral el accionante contaba con el recurso de nulidad previsto en la ley adjetiva para la satisfacción íntegra de su pretensión en el caso de “*que se hubieran producido vulneraciones constitucionales como consecuencia de la inobservancia de las formalidades sustanciales del procedimiento*”, arguyendo finalmente, que la parte accionante no alegó ni probó que se vio impedida de ejercer los recursos ordinarios previstos.

En el caso bajo análisis, la Sala no comparte la afirmación que hizo el *a quo* constitucional en lo que respecta a que la accionante contaba con el recurso de nulidad del laudo arbitral previsto en la ley para hacer cesar los efectos del acto lesivo, dado que el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil estatuye tres causales de orden taxativo que vician de nulidad la decisión de los árbitros (*Vid* en sentido pero respecto al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial la sentencia N° 462/2010), entre las cuales no figura la recusación de los árbitros; y aun cuando podría argumentarse que tal situación se subsume dentro de las previsiones estatuidas en el ordinal 3° de la aludida disposición, la recusación del árbitro Francisco Paz Yanastacio fue planteada por ambos compromitentes en disputa, lo cual comporta una ausencia de consentimiento de las partes en el allanamiento del árbitro recusado dentro de este proceso alternativo de resolución de conflictos, que pudiere convalidar eventualmente la inobservancia de cualquier formalidad esencial en la sustanciación del procedimiento arbitral.

A juicio de la Sala, la recusación o la inhibición de los miembros del tribunal arbitral debe ser previa al acto de juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de que la causa sometida a arbitraje sea resuelta por quienes carecen de competencia subjetiva para ello, lo que evidentemente contraviene la garantía del juez natural para asegurar transparencia, independencia e idoneidad con la que debe actuar el órgano decisor. En tal sentido, ante la inminencia de amenaza de violación a la garantía de ser juzgado por un árbitro idóneo, independiente e imparcial, resulta innecesario que el recusante espere la publicación del laudo para interponer la acción de amparo constitucional, de tal manera que no se puede vincular el cuestionamiento de la sentencia que resolvió la recusación al laudo arbitral propiamente dicho; para con base en ello derivar la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues, tal y como se refirió, entre los supuestos de nulidad del laudo no figura la recusación, de tal suerte que contra la decisión proferida el 17 de mayo de 2011 no existe recurso alguno, lo cual hace idóneo el ejercicio de la vía de amparo.

Por las razones expuestas, se declara con lugar la apelación interpuesta y, en consecuencia, se revoca la decisión apelada y se repone la causa al estado de que el *a quo* constitucional se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, con sujeción a lo expuesto en la presente decisión y, en consecuencia, tramite el presente amparo. Así se decide.

VI DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: CON LUGAR la apelación ejercida por el abogado Johanán Ruiz Silva, en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A., contra la decisión dictada el 7 de diciembre de 2011, por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional intentadas.

SEGUNDO: SE REVOCA la referida decisión mediante la cual se declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional ejercidas.

TERCERO: REPONE la causa al estado de que el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, con sujeción a lo expuesto en la presente decisión, y en consecuencia, tramite el presente amparo.

Publíquese y regístrese.

Remítase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 27 días del mes de junio de dos mil doce. Años: 202° de la Independencia y 153° de la Federación. La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Vicepresidente,

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ
Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
Ponente

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.- 12-0136

CZdM/